

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Principio de intangibilidad cualitativa de la legítima:  
Excepciones**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR**

**PRESENTADA POR**

**Karin Janice Robles Ramos**

**Directoras**

**Silvia Díaz Alabart  
Cristina Fuenteseca Degeneffe**

**Madrid**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**



**TESIS DOCTORAL**

**Principio de Intangibilidad Cualitativa  
de la Legítima: Excepciones**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADO POR:

Lcda. Karin Janice Robles Ramos, M.P.A., J.D., L.L.M.

CO-DIRECTORAS:

Dra. Silvia Díaz Alabart  
Facultad de Derecho, UCM  
Dra. Cristina Fuenteseca Degeneffe  
Facultad de Derecho, UCM

Madrid, 2019





UNIVERSIDAD  
**COMPLUTENSE**  
MADRID

**DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS  
PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR**

D./Dña. Karin J. Robles Ramos,  
estudiante en el Programa de Doctorado en Derecho,  
de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de  
Madrid, como autor/a de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor y  
titulada:

Principio de Intangibilidad Cualitativa de la Legítima: Excepciones

y dirigida por: Dra. Silvia Díaz Alabart y Dra. Cristina Fuenteseca Degeneffe

**DECLARO QUE:**

La tesis es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, en particular, la Ley de Propiedad Intelectual (R.D. legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), en particular, las disposiciones referidas al derecho de cita.

Del mismo modo, asumo frente a la Universidad cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la autoría o falta de originalidad del contenido de la tesis presentada de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

En Madrid, a 25 de septiembre de 2019

Fdo.: Karin J. Robles Ramos

Esta DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD debe ser insertada en  
la primera página de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor.



## DEDICATORIA

A mi esposo **Carlos Alá Santiago Rivera**, la bendición de ser humano  
que Dios me ha puesto en el camino.  
Gracias por existir y ser parte de mi vida.



## AGRADECIMIENTOS

Primero que todo, agradezco a Dios el haberme dado la fortaleza para concluir este arduo trabajo de elaborar mi tesis doctoral. También, **a mis padres**, Ruth M. Ramos Hernández y Carlos Raúl Robles Rodríguez, que no solo me dieron la mano y su apoyo para atender mi hogar, mis perros, Shasta e Indra, y los asuntos generales y pendientes en Puerto Rico, mi país de origen, sino que en los instantes claves me expresaron palabras de aliento y de inspiración para no desfallecer y finalizar tan anhelado proyecto personal y profesional. Igualmente, **a mi hermana**, Dallymar Robles Ramos, por ayudar en los momentos necesarios, y a pesar de sus premuras personales, con la atención de algunos de estos asuntos, incluyendo y sin limitarse al procurar lo mejor para Shasta e Indra. Asimismo, a mi suegro, Don Carlos Santiago Blanco, por siempre estar en la total y desprendida disponibilidad de apoyarnos de todas las formas que le fue posible, incluyendo económicamente.

Me place expresar mi agradecimiento, además, **a mis directoras de tesis**, la Dra. Silvia Díaz Alabart y la Dra. Cristina Fuenteseca Degeneffe, por todas sus solidarias y amables correcciones y recomendaciones, tanto de forma como sustantivas. Todas ellas, sin duda, hicieron de esta tesis un trabajo académico mejor y más sólido. A ambas, muchas gracias por su dedicación y sentido de responsabilidad. Indudablemente, son dignas representantes de la mejor tradición de la cátedra universitaria.

Por último, y no por ello menos importante, sino todo lo contrario, agradecer **a mi amado esposo**, el Dr. Carlos Alá Santiago Rivera. Definitivamente, soy afortunada de haber encontrado y de tener en mi vida a un ser humano como él. Su ayuda y apoyo fue importante para comenzar y terminar este proyecto. Más importante todavía, su solidaridad incondicional y confianza plena de que culminaría exitosamente este escrito. Sin él, ni siquiera hubiera pensado iniciar y mucho menos finalizar esta meta. Mil gracias por ello, mi amor.





## ÍNDICE GENERAL

RESUMEN .....	15
ABSTRACT.....	17
ABREVIATURAS.....	19
INTRODUCCIÓN.....	25

### **CAPÍTULO I: PANORAMA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA HERENCIA Y SU IMPLICACIÓN EN LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO A LA LEGÍTIMA Y SU PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUALITATIVA**

INTRODUCCIÓN.....	35
1. SIGNIFICADO DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA HERENCIA .....	38
2. DERECHO CONSTITUCIONAL A LA HERENCIA: DERECHO FUNDAMENTAL O GARANTÍA INSTITUCIONAL.....	43
3. MECANISMOS PARA SALVAGUARDAR EL DERECHO A LA HERENCIA FRENTE AL LEGISLADOR: ESPECIAL ÉNFASIS EN LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL.....	61
A. Ámbito individual del contenido del derecho a la herencia.....	65
B. Ámbito colectivo del contenido del derecho a la herencia.....	72
4. TRASCENDENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA HERENCIA EN EL DERECHO A LA LEGÍTIMA Y SU PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUALITATIVA: PERSPECTIVA DOCTRINAL.....	81
CONCLUSIÓN.....	93

### **CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ESENCIA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA Y DE UNO DE SUS PRINCIPIOS: LA INTANGIBILIDAD CUALITATIVA**

INTRODUCCIÓN.....	97
1. LA LEGÍTIMA Y SU PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUALITATIVA EN EL DERECHO ROMANO.....	100

A. Derecho romano primitivo.....	100
B. Derecho romano republicano.....	104
C. Derecho romano imperial.....	109
D. Derecho romano justiniano.....	113
2. LA INSTITUCIÓN LEGITIMARIA EN EL DERECHO GERMÁNICO.....	119
3. EL RÉGIMEN LEGITIMARIO EN EL DERECHO VISIGODO.....	122
4. LA LEGÍTIMA Y SU PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUALITATIVA EN EL DERECHO CASTELLANO.....	126
A. Edad media.....	126
B. Edad moderna.....	130
5. LA LEGÍTIMA Y SU PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUALITATIVA EN LA ETAPA CODIFICADORA.....	132
6. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA.....	139
CONCLUSIÓN.....	148

### **CAPÍTULO III: SUPUESTOS CONCRETOS DE PAGO EN METÁLICO EXTRAHEREDITARIO DE LA LEGÍTIMA**

INTRODUCCIÓN.....	151
1. LEGADO DE FINCA INDIVISIBLE O QUE NO ADMITE CÓMODA DIVISIÓN.....	154
A. Datos generales sobre los antecedentes legales y legislativos del art. 821 del CC.....	160
B. Supuesto de legado indivisible sujeto a reducción asignado a un legatario extraño.....	163
C. Supuesto de legado indivisible sujeto a reducción otorgado a un legitimario.....	164
D. Recurso de venta en pública subasta.....	171
E. Garantías del perceptor de su legítima en metálico extrahereditario.....	174
2. MEJORA EN COSA DETERMINADA.....	181
A. Algunas notas históricas de la institución jurídica.....	183
B. Conceptualización jurídica de la mejora en cosa determinada.....	195
C. Elementos personales a los que impacta esta normativa.....	206
D. Esencia del bien sobre el que recae la mejora.....	210
E. Sobre la forma de imputar la mejora.....	216
F. Efecto de la concurrencia de la mejora en cosa cierta con otros tipos de mejoras o legados.....	230

G. Abono del exceso en metálico: posición jurídica del mejorado y demás interesados; garantías y consecuencias del impago.....	238
3. EXPOSICIÓN DOCTRINAL SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA PAGADA EN DINERO EN BASE A UN CRITERIO OBJETIVO Y CONCRETO.....	252
CONCLUSIÓN.....	255

#### **CAPÍTULO IV: SUPUESTO CONCRETO DE INDIVISIÓN DE LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA O DE MANTENIMIENTO DEL CONTROL SOCIETARIO**

INTRODUCCIÓN.....	259
1. SÍNTESIS DE LOS ORÍGENES Y DESARROLLO DEL SUPUESTO DE PARTICIÓN ESPECIAL REGULADO EN EL ARTÍCULO 1056.2 DEL CÓDIGO CIVIL.....	261
2. ESTUDIO DEL APARTADO SEGUNDO DEL ART. 1056 DEL CÓDIGO CIVIL.....	270
A. Sujetos a los que afecta la normativa.....	270
1. Ámbito subjetivo activo.....	270
2. Ámbito subjetivo pasivo.....	274
B. Requisitos adicionales para hacer posible la aplicación del supuesto de partición especial contenido en el artículo 1056.2 del CC.....	281
1. Ámbito formal.....	281
2. Justificación del supuesto de partición especial.....	285
3. Ámbito objetivo.....	290
3. EFECTOS DE LA ADJUDICACIÓN EN LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ADJUDICATARIO Y EN LA DE LOS CONMUTADOS.....	295
4. DIVERSAS FORMAS DE PAGO DE LA LEGÍTIMA DE LOS DEMÁS LEGITIMARIOS Y SUS CARACTERÍSTICAS.....	301
A. Abono de efectivo no hereditario.....	302
B. Otras modalidades de pago.....	312
5. GARANTÍAS PARA EL PAGO EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA Y LAS CONSECUENCIAS DE SU IMPAGO.....	315
6. ESTUDIO DOCTRINAL SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA ANTE EL NUEVO TEXTO DEL ARTÍCULO 1056.2 DEL CC.....	320
CONCLUSIÓN.....	321

## **CAPÍTULO V: SUPUESTO GENERAL DE PAGO EN METÁLICO NO HEREDITARIO DE LA PORCIÓN O CUOTA DE BIENES DE LOS HIJOS O DESCENDIENTES LEGITIMARIOS**

INTRODUCCIÓN.....	325
1. SÍNTESIS SOBRE LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LOS ARTÍCULOS 841 AL 847 DEL CC.....	328
2. REQUISITOS PARA QUE SE ACTIVE EL SUPUESTO GENERAL DE PAGO EN EFECTIVO DE LA LEGÍTIMA.....	335
A. Ámbito subjetivo.....	335
B. Ámbito objetivo.....	350
C. Ámbito formal.....	352
D. Ámbito funcional.....	367
3. EFECTIVIDAD DE LA TITULARIDAD DE LOS LEGITIMARIOS CONMUTANTES SOBRE LOS BIENES ADJUDICADOS.....	386
4. GARANTÍAS PARA EL PAGO DE LA LEGÍTIMA ABONADA EN DINERO NO HEREDITARIO Y CONSECUENCIAS DE SU IMPAGO.....	390
5. INSTITUCIONES JURÍDICAS SUCESORIAS EXCLUIDAS DE LA APLICACIÓN DEL SUPUESTO GENERAL DE PAGO EN METÁLICO.....	405
6. EXCEPCIONALIDAD O GENERALIZACIÓN DE LA CONMUTACIÓN EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA.....	408
7. COMPATIBILIDAD VS. INCOMPATIBILIDAD ENTRE LOS SUPUESTOS CONCRETOS Y EL GENERAL DE PAGO EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA.....	411
8. EXPOSICIÓN DOCTRINAL SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA PAGADA EN DINERO EN BASE A UN CRITERIO GENERAL.....	413
CONCLUSIÓN.....	418

## **CAPÍTULO VI: SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A FAVOR DEL DESCENDIENTE LEGITIMARIO INCAPACITADO**

INTRODUCCIÓN.....	421
1. CONCEPCIÓN SINTÉTICA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ORDINARIA.....	426

2. ALGUNAS NOCIONES HISTÓRICAS SOBRE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA GENERAL.....	428
3. FINALIDAD LEGISLATIVA DEL ESQUEMA FIDEICOMISARIO EXCEPCIONAL Y VALORACIÓN DOCTRINAL DE SU EFECTO PRÁCTICO REAL.....	443
4. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL.....	450
A. Ámbito subjetivo.....	450
1. Fideicomitente.....	450
2. Fiduciario.....	463
3. Fideicomisario.....	500
B. Ámbito formal.....	511
C. Ámbito objetivo.....	518
5. NATURALEZA JURÍDICA DE ESTA FIGURA SUCESORIA ESPECIAL: NORMAL O DE RESIDUO.....	547
A. Acercamiento sucinto a la institución jurídica del fideicomiso de residuo.....	548
B. Perspectivas doctrinales.....	551
6. POSICIÓN JURÍDICA DEL FIDUCIARIO Y DE LOS FIDEICOMISARIOS: RESPECTIVOS DERECHOS Y OBLIGACIONES.....	565
A. Momento de la muerte del testador.....	566
B. Momento en que se extingue el fideicomiso especial.....	580
7. EFECTO DE ESTA INSTITUCIÓN EN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA Y SU PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUALITATIVA.....	595
CONCLUSIÓN.....	602

## **CAPÍTULO VII: DERECHO DE HABITACIÓN A FAVOR DEL LEGITIMARIO DISCAPACITADO**

INTRODUCCIÓN.....	611
1. SÍNTESIS SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN ORDINARIO .....	615
2. POSIBLES FORMAS DE ORDENAR EL DERECHO DE HABITACIÓN ESPECIAL .....	620
A. Atribución voluntaria.....	623
B. Atribución legal.....	641
3. REQUISITOS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO	

DE HABITACIÓN CONFERIDO VOLUNTARIAMENTE O ATRIBUIDO POR MINISTERIO DE LA LEY .....	647
A. Ámbito subjetivo.....	647
1. Constituyente o Disponente.....	647
2. Beneficiarios.....	658
a. Convivencia entre el legitimario discapacitado y el titular de la vivienda habitual.....	669
b. Necesidad del legitimario discapacitado al uso de una vivienda.....	672
3. Perjudicados.....	680
B. Ámbito objetivo.....	681
4. REQUISITO ADICIONAL ESPECÍFICO PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN CONCEDIDO POR VIRTUD DE LA LEY.....	690
5. LIMITACIONES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN ESPECIAL.....	693
A. Convivencia con otros legitimarios.....	693
B. Conjunción entre el derecho de habitación especial y los derechos de atribución preferente reconocidos en los arts. 1406 y 1407 del CC.....	697
C. Su intrasmisibilidad.....	710
6. SU REPERCUSIÓN EN EL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUANTITATIVA Y CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA.....	714
A. Efectos cuantitativos.....	714
B. Efectos cualitativos.....	718
7. SOBRE SU EXTINCIÓN.....	727
CONCLUSIÓN.....	733
<b>CONCLUSIONES FINALES.....</b>	<b>739</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>749</b>
<b>JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DE LA DGRN .....</b>	<b>811</b>

## RESUMEN

En este trabajo estudiamos seis figuras jurídicas del Derecho de sucesiones que, desde antes de 1981 y hasta ahora, han sido desarrolladas por el legislador español con la intención de reducir los efectos del riguroso sistema legitimario y así lograr ampliar la libertad testamentaria del causante. En concreto, analizamos el legado de bien indivisible e inoficioso del art. 821 del CC, la mejora en cosa determinada y también inoficiosa del art. 829 del CC, el supuesto de partición especial del art. 1056.2 del CC, el supuesto general de pago de la legítima en metálico extrahereditario contenido en los arts. 841 al 847 del CC, la sustitución fideicomisaria especial reglamentada en los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC, y el derecho de habitación especial del art. 822 del CC. La aplicación de alguno de estos tienen la consecuencia de flexibilizar la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima, solo en cuanto a la calidad en que se percibe el derecho legitimario. Permitiéndose que la legítima se compense en efectivo no hereditario, es decir, que se exceptué la regla general de pago en bienes hereditarios. Mientras, otros lo suavizan tanto respecto a este aspecto como en el que se refiere a la forma con que se abona la legítima o simplemente en cuanto a este último factor. Lo que implica que la cuota legal también podrá ser objeto de afectación. De ahí que hubiéramos titulado esta investigación: «Principios de Intangibilidad Cualitativa de la Legítima: Excepciones».

Nos aproximamos al examen de estas excepciones considerando, por un lado, la fecha en que fueron elaboradas y, por otro lado, el grado de vulneración del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Ambos criterios sirvieron para diseñar la lógica estructural en que se iban a ir analizando los preceptos. Concretamente, empezamos por los que son más antiguos hasta los más recientes. Más importante, comenzamos estudiando aquellos que viabilizan que la legítima pueda pagarse en dinero no hereditario y, en cuanto a este factor, atendimos en primera instancia a los que se activan por un criterio concreto, para extendernos hacia aquel que no requiere de elemento objetivo alguno para su aplicación. Previo a ello, examinamos una norma que, además de constituir otro supuesto objetivo y de provocar el efecto señalado, implica a su vez un gravamen para la porción legal del legitimario afectado. Posteriormente, atendimos una institución jurídica que expresamente se establece que afecta el primer tercio de la herencia o, lo que es lo mismo, el tercio de legítima estricta. Por último, analizamos una figura que no solo vulnera el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima en la vertiente que se encarga de proteger contra la imposición de gravamen, sino que, incluso, altera su vertiente cuantitativa.



En términos generales, la idea de este estudio era descubrir si estas excepciones resultaban en la desnaturalización del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Si significaban, por ende, la mutación de la naturaleza jurídica de la legítima. Incluso, si tenían el efecto de convertir al legitimario perjudicado en uno de categoría inferior al de aquel que resulta beneficiado con su aplicación. En definitiva, si estas nuevas formas de abonar la legítima vulneran el contenido esencial del derecho constitucional a la herencia, según surge de los arts. 33.1 y .2 y el 53.1 de la CE de 1978.

Encontramos que las normas sucesorias objeto de estudio únicamente evidencian la evolución de la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima. Por lo mismo, que la esencia de la legítima continúa siendo *pars bonorum*, a pesar de que estas existan y de que sean ejercitadas. Más aún, que todos los legitimarios son de la misma condición y que la diferencia entre ellos estriba, esencialmente, en la manera en que reciben su legítima. Flexibilización que no incide en el contenido esencial del derecho constitucional a la herencia porque la institución legitimaria no forma parte de los dos ámbitos que lo integran.

## **PALABRAS CLAVES**

Legítima; Legitimarios; Principio de Intangibilidad Cualitativa; Pago en Efectivo no Hereditario; Conmutación; Conmutante; Conmutado; Perceptor del Metálico; Supuestos Concretos; Supuesto General; Testador; Bienes Adjudicados; Legado de Bien Indivisible; Mejora de Cosa Determinada; Explotación Económica; Control Societario; Naturaleza Jurídica; Partición Especial; Porción o Cuota de Bienes; Adjudicación; Posición Jurídica; Impago; Modalidades de Pago; Garantías; Titularidad; Sustitución Fideicomisaria Especial; Derecho de Habitación Especial; Excepciones.

## ABSTRACT

In this dissertation we study six legal figures of the Law of Succession that, since before 1981 and until now, have been developed by the Spanish legislator with the intention of reducing the effects of the rigorous legitimary system and thus achieve extend the testamentary freedom of the deceased. In particular, we analyze the legacy of the indivisible and inofficious good of art. 821 of the CC, the improvement in something determined and also inofficious of art. 829 CC, the special partition assumption of art. 1056.2 of the CC, the general assumption of payment of the legitimate in extra-hereditary cash contained in arts. 841 to 847 of the CC, the special trustee substitution regulated in the arts. 782, 808.4 and 813.2 of the CC, and the special housing right of art. 822 of the CC. The application of any of these have the consequence of relaxing the qualitative aspect of the principle of intangibility of the legitimate, only as regards the quality in which the legitimary right is perceived. Allowing the legitimate to be repaid in non-hereditary cash, that is, the general rule of payment on hereditary goods was excepted. Meanwhile, others soften it with respect to this aspect as much as it refers to the form in which the legitimate is paid or simply in regard to this last factor. Which implies that the legal fee may also be affected. Hence, we would have entitled this research: «Principles of Qualitative Intangibility of the Legitimate: Exceptions».

We approach the examination of these exceptions considering, on the one hand, the date on which they were drawn up and, on the other hand, the degree of violation of the principle of qualitative intangibility of the legitimate. Both criteria served to design the structural logic in which the precepts were going to be analyzed. Specifically, we start with those that are older until the most recent. More importantly, we begin by studying those that make it possible for the legitimate to be paid in non-hereditary money and, as for this factor, we attend in the first instance to those who are activated by a specific criterion, to extend ourselves to one that does not require any objective element for your application. Prior to this, we examine a rule that, in addition to constituting another objective assumption and of causing the aforementioned effect, in turn implies a burden for the legal portion of the affected legitimary. Subsequently, we attended a legal institution that is expressly established that affects the first third of the inheritance or, what is the same, the strict third of the legitimate. Finally, we analyze a figure that not only violates the principle of qualitative intangibility of the legitimate in the aspect that is responsible for protecting against the imposition of burden, but even alters its quantitative slope.

In general terms, the idea of this study was to discover if these exceptions resulted in the denaturalization of the principle of qualitative intangibility of the legitimate. If they meant, therefore, the mutation of the legal nature of the legitimate. Even, if they had the effect of converting the right of the injured party to a lower category than the one that benefits from its application. In short, if these new ways of paying the legitimate violate the essential content of the constitutional right to inheritance, as it arises from the arts. 33.1 and .2 and 53.1 of the EC of 1978.

We find that the inheritance norms object of study only show the evolution of the qualitative slope of the principle of intangibility of the legitimate. For the same reason, that the essence of the legitimate continues being *pars bonorum*, in spite of the fact that these exist and that they are exercised. Moreover, that all legitimarians are of the same condition and that the difference between them lies, essentially, in the way in which they receive their legitimate. Flexibility that does not affect the essential content of the constitutional right to inheritance because the legitimacy institution is not part of the two areas that comprise it.

## **KEY WORDS**

Legitimate; Legitimarians; Principle of Intangibility of the Legitimate; Qualitative Principle of Legitimate Intagibility; Hereditary Non-Cash Payment; Conmutation; Metallic Recipient; Concrete Assumptions; General Assumptions; Testator; Awarded Goods; Legacy of Indivisible Good; Improvement of Specific Good; Economic Exploitation; Societary Control; Legal Nature; Special Partition; Portion of Goods; Allotment; Legal Position; Non Payment; Payment Modalities or Forms; Guarantees; Ownership; Special Trustee Substitution; Special Housing Right; Exceptions.

## ABREVIATURAS

<b>A.M.N.</b>	Academia Matritense del Notariado
<b>A.S.N.</b>	Academia Sevillana del Notariado
<b>A.V.D.</b>	Academia Vasca de Derecho, <i>Boletín JADO</i>
<b>A.C.</b>	Actualidad Civil
<b>AP</b>	Alianza Popular
<b>A.D.</b>	Anales de Derecho
<b>A.A.M.N.</b>	Anales de la Academia Matritense del Notariado
<b>A.R.A.C.M.P.</b>	Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
<b>a. C.</b>	Antes de Cristo
<b>A.P.D.C.</b>	Asociación de Profesores de Derecho Civil
<b>A.D.C.</b>	Anuario de Derecho Civil
<b>A.F.D.U.A.</b>	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña
<b>A.F.D.U.A.H.</b>	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares
<b>A.F.D.O.</b>	Anuario de la Facultad de Derecho Ourense
<b>A.H.D.E.</b>	Anuario de Historia del Derecho Español
<b>A.C.M.</b>	Aranzadi Civil-Mercantil
<b>art.</b>	Artículo
<b>B.A.V.D.</b>	Boletín Academia Vasca de Derecho
<b>B.I.I.C.N.G.</b>	Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada
<b>B.C.R.E.</b>	Boletín del Colegio de Registradores de España
<b>BOE</b>	Boletín Estatal del Estado

<b>B.F.D.U.C.</b>	<i>Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i>
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CERMI</b>	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
<b>coord.</b>	Coordinador
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>coords.</b>	Coordinadores(as)
<b>C.C.J.C.</b>	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
<b>C.S.C.H.C.</b>	Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo
<b>DUDH</b>	Declaración Universal de Derechos Humanos
<b>D.P.C.</b>	Derecho Privado y Constitución
<b>d. C.</b>	Después de Cristo
<b>Dig.</b>	Digesto
<b>DGRN</b>	Dirección General de Registros y del Notariado
<b>dir.</b>	Director(a)
<b>dirs.</b>	Directores(as)
<b>Ed.</b>	Editorial
<b>esp.</b>	Específicamente
<b>E.C.L.C.</b>	Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas)
<b>F.G.</b>	Foro Gallego
<b>Fasc.</b>	Fascículo
<b>ibíd.</b>	Igual que la Cita Anterior o Cita Previa
<b>LAU</b>	Ley de Arrendamientos Urbanos
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>L.P.R.A.</b>	Leyes de Puerto Rico Anotadas

<b>LH</b>	Ley Hipotecaria de España de 1946
<b>LPPPD</b>	Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad
<b>LPH</b>	Ley de Propiedad Horizontal
<b>LJV</b>	Ley de la Jurisdicción Voluntaria
<b>núm.</b>	Número
<b>núms.</b>	Números
<b>ONU</b>	Organización de las Naciones Unidas
<b>op. cit.</b>	Obra Citada
<b>PIDCP</b>	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
<b>PIDESC</b>	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
<b>pág.</b>	Página
<b>págs.</b>	Páginas
<b>PSOE</b>	Partido Socialista Obrero Español
<b>R.A.J.L.</b>	Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>RH</b>	Reglamento Hipotecario de España de 1947
<b>reimp.</b>	Reimpresión
<b>RDGRN</b>	Resolución de la Dirección General de Registro y del Notariado
<b>rev.</b>	Revisado
<b>R.A.S.N.</b>	Revista Academia Sevillana del Notariado
<b>R.A.J.A.</b>	Revista Actualidad Jurídica Aranzadi
<b>R.A.D.</b>	Revista Aranzadi Doctrinal

<b>R.A.D.P.</b>	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
<b>R.C.C.J.C.</b>	Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
<b>R.C.D.I.</b>	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
<b>R.C.G.</b>	Revista de las Cortes Generales
<b>R.L.J.</b>	Revista de Legislación y Jurisprudencia
<b>R.D.C.</b>	Revista Derecho Civil
<b>R.D.F.</b>	Revista de Derecho de Familia
<b>R.D.N.</b>	Revista de Derecho Notarial
<b>R.D.C.S.U.C.C.</b>	Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Concepción de Chile
<b>R.D.P.</b>	Revista de Derecho Patrimonial
<b>R.D.P.</b>	Revista de Derecho Privado
<b>R.D.P.C.</b>	Revista de Derecho Privado y Constitución
<b>R.D.U.N.E.D.</b>	Revista de Derecho UNED
<b>R.E.F.</b>	Revista de Empresa Familiar
<b>R.F.D.U.O.</b>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo
<b>R.R.A.J.L.</b>	Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
<b>R.L.J.</b>	Revista de Legislación y Jurisprudencia
<b>R.M.T.A.S.</b>	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
<b>R.D.A.C.M.</b>	Revista Doctrinal Aranzadi Civil - Mercantil
<b>R.E.F.D.U.G.</b>	Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
<b>R.E.D.C.</b>	Revista Española de Derecho Constitucional
<b>REGAP</b>	Revista Galega de Administración Pública
<b>R.G.D.</b>	Revista General de Derecho
<b>R.G.L.J.</b>	Revista General de Legislación y Jurisprudencia

<b>R.I.D.R.O.M.</b>	Revista Internacional de Derecho Romano de la Universidad de Castilla la Mancha
<b>R.J.N.</b>	Revista Jurídica del Notariado
<b>R. J. de N.</b>	Revista Jurídica de Navarra
<b>R.J.E.D.J.B.</b>	Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía
<b>R.J.C.L.M.</b>	Revista Jurídica de Castilla-La Mancha
<b>R.J.C.M.</b>	Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid
<b>R.J.U.A.M.</b>	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid
<b>R.A.D.I.N.D.R.E.T.</b>	Revista para el Análisis del Derecho (INDRET)
<b>R.P.</b>	Revista Pretor
<b>R.Q.F.</b>	Revista Quincena Fiscal
<b>SAP</b>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<b>sic.</b>	Así fue Escrito
<b>S.D.H.I.</b>	Studia et Documenta Historiae et Iuris
<b>ss.</b>	Siguientes
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>STSJ</b>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<b>supra.</b>	Más arriba
<b>T.R.C.</b>	Teoría y Realidad Constitucional
<b>trad.</b>	Traducción, Traductor(a)
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>UCD</b>	Unión de Centro Democrático



<b>UE</b>	Unión Europea
<b>varios autores</b>	VV. AA.
<b>vol.</b>	Volumen

## INTRODUCCIÓN

Es incuestionable que ordinariamente el sistema legitimario del Código Civil (CC) común tiene la función de servir de límite a la libertad de testar del causante. En el mismo, la legítima constituye la porción legal a la que algunos sucesores tienen derecho en la herencia del causante, debido a su condición de cónyuge o a su cercana relación de parentesco con aquel. Como parte de su contenido se inserta tanto un aspecto cuantitativo como la calidad y forma en que los bienes hereditarios son percibidos. Estas últimas características están garantizadas o protegidas por el denominado principio de intangibilidad cualitativa, que se desglosa en dos vertientes: (1) aquella que se asegura de que la legítima sea abonada con bienes de la herencia (art. 806 del CC) y (2) la que evita que el testador imponga gravámenes, condiciones o sustituciones sobre la misma (art. 813.2 del CC).

Al día de hoy, este régimen no ha tenido una revisión profunda e integral. Únicamente se han producido algunas reformas parciales, erráticas e inconexas. Sin embargo, a pesar de su imprecisión técnica y las dificultades de hermenéutica que han generado en la doctrina, no puede negarse que aquellas han provisto respuestas a muchas de las preocupaciones del testador y de la sociedad en general. Nos referimos a las diversas reformas al CC que el legislador español ha ido progresiva y paulatinamente efectuando para flexibilizar las opciones del testador para planificar y distribuir sus bienes y derechos e igualmente para abonar la legítima. Específicamente, el legislador ha elaborado normas que permiten que la legítima sea compensada en bienes extrahereditarios y que, incluso, en algunos casos, se le impongan gravámenes. Constituyendo estas unas excepciones a la regla general de pago en bienes hereditarios y sin afectación de cualquier tipo, puesto que su aplicación está supeditada a la voluntad del testador y al cumplimiento de los requisitos del supuesto aplicable.

Esta actuación legislativa ha provocado que se suavice bastante el rigorista principio de intangibilidad cualitativa de la legítima y se dé paso a una tendencia legislativa actual que promueve la ampliación de la autonomía de la voluntad del causante, siempre que se pretenda satisfacer un objetivo social, familiar o económico de mayor importancia. A la misma vez que evidencia la opción del legislador español por permitir que el aludido principio evolucione y se torne más adecuado a las nuevas concepciones económicas, familiares y sociales, es decir, a la realidad sociológica en la que se va aplicar. Por ejemplo, en lo que se refiere al interés de evitar los conflictos y disputas familiares a causa de la partición y liquidación de la herencia; proveer una mayor protección y seguridad al hijo o descendiente legitimario incapacitado e incluso a otros legitimarios discapacitados; conservar una

explotación económica indivisa; mantener la integridad física del bien. Todas finalidades coherentes con el espíritu de los art. 33, párrafos 1 y 2, y 53.1 de la Constitución Española (CE) de 1978, en la medida en que su aplicación no vulnera el contenido esencial del derecho a la herencia.

En este trabajo estudiamos en profundidad, precisamente, varios<sup>1</sup> de los supuestos que excepcionan la regla general de que la legítima debe abonarse en bienes del caudal relicto y sin gravamen alguno. Es decir, algunas de las normas que posibilitan que el principio de intangibilidad cualitativa no se respete. De ahí que nuestro enfoque principal de análisis sea el efecto que han tenido algunas de las reformas legislativas en los dos componentes que integran el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. En concreto, planteamos y damos respuesta a la cuestión de si el principio de intangibilidad cualitativa, y, por ende, la institución jurídica de la legítima, ha evolucionado o se ha desnaturalizado a causa de las reformas efectuadas al CC, relacionadas con las nuevas formas de pagar la legítima y organizar la sucesión.

Hacemos la salvedad, no obstante, de que en este trabajo no se entra a dilucidar si la legítima y sus principios de intangibilidad cualitativa y cuantitativa deben mantenerse, modificarse o eliminarse, porque tal controversia excede el propósito de esta investigación.<sup>2</sup> Igualmente, aclarar que el marco de estudio de este trabajo se ciñe al CC común y no se extiende al ámbito de los Derechos Civiles forales, ya que estos últimos tienen sus propias y diversas particularidades, cuyo estudio responsable implicaría por sí mismo otra tesis doctoral.

Resaltar, además, que la elaboración de este escrito ha constituido un verdadero reto, por dos consideraciones esenciales. De una parte, siempre resulta difícil analizar figuras jurídicas de la materia del Derecho de sucesiones, por la propia complejidad del fenómeno

---

<sup>1</sup> De otra parte, destacar que se decidió no incluir en la tesis el estudio del art. 831 del CC, a pesar de configurar un supuesto más que excepciona el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, en su vertiente de pago en bienes hereditarios y el de no imposición de gravamen, debido a tres razones principales. Por un lado, el estudio responsable de esta norma implicaría por sí mismo una tesis doctoral. Por otro lado, su incorporación haría este trabajo uno extremadamente extenso e inmanejable. Por último, como resultado de una tesis doctoral que obtuvo el premio extraordinario, hace pocos años atrás se publicó un libro que contiene un estudio exhaustivo sobre la fiducia sucesoria del art. 831 del CC. (Véase: RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil: Auténtica Fiducia Sucesoria en Derecho Común*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2014). Sin embargo, es importante destacar que la discusión de esta norma será conectada e integrada en el análisis de los diversos supuestos que son objeto de estudio en este escrito.

<sup>2</sup> Aunque, nuestro criterio es que la legítima es una institución que ha servido y sirve muy bien al propósito de viabilizar la herencia y que quizás lo más congruente sería reducir cuantitativamente la legítima de los descendientes y los ascendientes y fortalecer la posición jurídica del cónyuge viudo en la herencia de su fenecido esposo. De esta forma, se protegería la voluntad del causante al permitírsele una mayor libertad de disposición.

sucesorio y la influencia de una variedad de derechos que incidieron en su formación, tales como el romano y el germánico. Situación que se refleja más aún en el régimen legitimario, que tiene la particularidad, además, de relacionarse y afectar otros derechos como el de Familia, Propiedad e Hipotecario. Desafío que se hizo mayor porque tuvimos que trabajar con un Derecho de sucesiones que nos resultaba ajeno, a pesar de haber servido de base al de nuestro país, y que está varias generaciones más adelantado que el de nuestro archipiélago, Puerto Rico. Razón por la que nos vimos precisados a estudiarlo y tratar de entenderlo con la mayor seriedad y profundidad posible, desde hace solo aproximadamente cuatro años atrás.

De otra parte, el tema objeto de este trabajo dista mucho de ser uno pacífico en las conclusiones de la doctrina, pese haber sido tratado en diversos e importantes estudios doctrinales. Diversidad de opiniones que fue lo que, entre otras cosas, nos movió a abordar esta investigación. Teniendo presente que estas no solo iban a enriquecer la discusión del trabajo, sino que implicaban un desafío adicional, al tener que integrarlas y analizarlas para luego elaborar nuestra propia perspectiva, en la que en ocasiones coincidimos con algunas de las posturas, aportando cuando era preciso nuevos argumentos que la validaran aún más, y en otras, simplemente, presentamos y justificamos una diferente, producto de la integración de las apreciaciones divergentes. En definitiva, sometimos a una reflexión profunda y seria a diversas figuras jurídicas sucesorias para aportar un enfoque y análisis nuevo y distinto del objeto de estudio. Proceso que justificamos en el hecho de que la academia tiene la tarea constante y permanente de reflexionar, puesto que «...cuando se cre[e] que una investigación está estabilizada, la experiencia histórica y comparada evidencia cómo la imagen alcanzada se puede quebrar, cómo pueden introducirse visiones nuevas que alteran o trastocan – o, simplemente, complementan – el *statu quo* alcanzado».<sup>3</sup> Más aún, si tomamos en cuenta la premisa de que en Derecho es «especialmente difícil»<sup>4</sup> que alguien se encuentre en posesión de la verdad absoluta. Siendo, por tanto, lo más importante que los análisis y las discusiones elaboradas siempre puedan sostenerse jurídicamente, es decir, que estén debidamente justificados y fundamentados, sin que necesariamente se tenga que estar a favor de los mismos. Objetivo que, justamente, fue el que perseguimos durante todo esta investigación.

---

<sup>3</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «El Régimen Constitucional de los Derechos Fundamentales», en *Derechos Fundamentales y Constitución*, (dirs.) M. A. Olea, M. Cortés, L. Díez Picazo, J. García Añoveros, E. García de Enterría, J. González Pérez, A. Menéndez, G. Rodríguez Mourullo y R. Uría, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición, Madrid, 1988, pág. 64.

<sup>4</sup> DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», en *A.S.N.*, tomo XVI, volumen 2, 2008, pág. 296, nota 94, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», en *A.C.M.*, núm. 3, 2006, págs. 21 nota 92.

De manera que la importancia de este trabajo radica tanto en presentar una visión o forma diferente de tratar un tema complejo que ha sido tratado ampliamente por la doctrina, como en permitir que en un mismo lugar el estudioso del derecho o cualquier persona curiosa encuentre una perspectiva interdisciplinaria de la figura jurídica de la legítima y de su principio de intangibilidad cualitativa. La temática objeto de estudio ha sido abordada tanto en términos históricos como constitucionales. Aspecto este último particularmente importante porque hemos identificado solo a un autor civilista<sup>5</sup> que ha estudiado el Derecho de sucesiones *mortis causa* desde la óptica de la disciplina constitucional del derecho a la herencia. Estudio que se efectuó hace alrededor de 25 años. En ese sentido, esta tesis aporta el que se retome el tema del derecho constitucional a la herencia, tratándose de entender su relación con el sistema legitimario, en general, y con la institución de la legítima y su principio de intangibilidad, en particular. Ello mediante otro enfoque estructural, proveyendo un contenido y fundamentos diferentes y sobre todo con un examen concienzudo del tema.

A esto se añade que en el ámbito del Derecho civil, se hace un análisis detallado y profundo sobre seis de las excepciones legislativas que se han impuesto sobre la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima. Empeño que, por sí solo, implica un reto porque si bien es complejo abordar responsablemente una de las excepciones a este principio, más aún lo es enfrentarse al análisis concienzudo de seis de estas. Todo ello es significativo porque de la extensa bibliografía que hemos examinado en este trabajo, no hemos identificado otro estudio similar que haya integrado todos estos elementos y mucho menos uno en el que se estudien, conjunta y detalladamente, esta selección particular y tan amplia de excepciones al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Acercamiento que es el que nos ha permitido desvelar esa tendencia legislativa dirigida a flexibilizar la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima para aumentar la libertad testamentaria y alcanzar con su ejercicio un objetivo de mayor envergadura. Ello, sin duda, no se hubiese podido establecer si únicamente hubiéramos examinado una excepción al aludido principio.

A su vez, el valor de esta tesis radica en que sirve de medio para que el conocimiento que genera no solo se transfiera a los estudiosos del derecho y la sociedad española, en general, sino además a la comunidad legal que reside en Puerto Rico y su diáspora puertorriqueña en los Estados Unidos de América. Siendo esto último muy necesario porque en nuestro país es muy limitado el estudio profundo de la disciplina del Derecho sucesorio,

---

<sup>5</sup> Nos referimos a LÓPEZ LÓPEZ, A. M., autor que correspondientemente citamos en el Capítulo I de esta tesis, titulado: «Panorama Constitucional del Derecho a la Herencia y su Implicación en la Concepción del Derecho a la Legítima y su Principio de Intangibilidad Cualitativa».

pues en la mayoría de los casos solo se reducen al examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico, y todavía más, uno que tenga que ver con el análisis riguroso e interdisciplinario del régimen legitimario del Derecho civil común de España. Lo que podría servir de base para iniciar y expandir los debates sobre esta materia y sobre todo como instrumento académico que sirva, a nivel de Derecho comparado, como punto de partida para modificar lo referente al Derecho de sucesiones del CC de Puerto Rico de 1930, legislación que está totalmente desfasada con relación a la realidad social del país. Máxime cuando, precisamente, el Derecho civil de España resulta ser el fundamento del de nuestro archipiélago, producto ello de que en 1889 las autoridades españolas hicieron extensivo su CC a Puerto Rico, al ser una de sus provincias.

Los objetivos de nuestra investigación fueron subdivididos en dos grupos, los específicos o principales y los secundarios o generales. Dentro del primer grupo, logramos estudiar en detalle y en profundidad varios de los supuestos que excepcionan la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima. Actuación que nos ayudó a demostrar que: (1) las nuevas reformas efectuadas por el legislador en el CC, relacionadas con la forma de pagar la legítima y organizar la sucesión, no han alterado la naturaleza de la legítima que mayoritariamente es concebida como *pars bonorum*; (2) las nuevas reformas realizadas al CC no convierten al perceptor del metálico en un legitimario de segunda categoría por el solo hecho de que su parte le sea abonada en efectivo extrahereditario y no en bienes hereditarios y que, incluso, bajo ciertas circunstancias esta le pueda ser gravada; (3) el legitimario conmutado o gravado continua siendo cotitular de los bienes de la herencia; (4) el beneficiado con los bienes hereditarios no se convierte en su titular efectivo hasta tanto cumpla con abonar la legítima de los conmutados o gravados y nunca llega a serlo en el caso del derecho de habitación especial y en el del fideicomiso especial solo tendrá una titularidad meramente provisional; (5) el legitimario conmutado o gravado continua siendo parte de la comunidad hereditaria hasta que su porción legal le sea individualizada; (6) el principio de intangibilidad cualitativa, y, por ende, la institución jurídica de la legítima, no se ha desnaturalizado sino que ha evolucionado para hacerse más adecuado al contexto familiar, social y económico al que se va a aplicar; (7) la única y principal diferencia entre el legitimario conmutado o gravado y el legitimario conmutante es la forma y calidad en que reciben su legítima.

Como parte del segundo grupo, explicamos y evidenciamos que la evolución del principio de intangibilidad cualitativa, y, por ende, de la legítima, es congruente con la exigencia constitucional, dispuesta en los arts. 33.1 y .2 de la CE de 1978, de que el

contenido general y esencial de la herencia debe responder a alguna finalidad social. También, aclaramos que las reformas efectuadas en el CC no contradicen ni mucho menos subvierten el contenido esencial o la construcción jurídica del derecho a la herencia. Y, finalmente, pusimos en evidencia que los nuevos supuestos que impactan el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima no pueden ser el justificante jurídico para modificar o eliminar el sistema legitimario del CC, sino que esta decisión debe ser el resultado del análisis integral, sistemático y comprensivo de las normas del Derecho de sucesiones, el Derecho de familia, el de propiedad, el hipotecario y de los arts. 33.1 - .2 y 53.1 de la CE de 1978, en relación con la actual realidad social española.

Tres métodos de investigación jurídica fueron los que nos sirvieron de base para describir, comprender y enfrentarnos analíticamente al problema que es objeto de estudio en este trabajo. Nos referimos al método “exegético” (hermenéutico), al histórico y al estudio y análisis de las decisiones jurisprudenciales y, también, de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).

A través del método “exegético” (hermenéutico)<sup>6</sup>, que se fundamenta en los criterios establecidos en el art. 3.1 del CC, analizamos aquellos supuestos más significativos que han trastocado el principio de intangibilidad cualitativa y, por ende, la configuración tradicional de la legítima. Al estudiarlos, tomamos en consideración, de forma integral, el texto de la norma aplicable; los antecedentes históricos de la institución jurídica de la legítima y de su principio de intangibilidad cualitativa; la realidad social del momento en que se elaboraron las leyes y aquella en la que se aplicaron las mismas y la intención o finalidad legislativa. En definitiva, buscamos la razón de cada una de las normas que resultaron en la flexibilización del sistema legitimario del CC. Con esta idea, se examinó la exposición de motivos de las leyes objeto de estudio y los análisis doctrinales, los cuales fueron objeto de comparación y reflexión cuando elaboramos nuestro criterio sobre la problemática estudiada. Igualmente, cada uno de los supuestos se analizaron en consonancia con diversos preceptos de la CE de 1978, en especial con su art. 33, secciones 1 y 2. Más concretamente, reconstruimos el significado del derecho a la herencia, entre otras cosas, a partir de los valores y principios de un Estado Social y Democrático de Derecho que están delineados en la Constitución. La idea era acudir a la ley suprema para buscar el fundamento de esta institución jurídica que está regulada bajo el ámbito del Derecho civil.

---

<sup>6</sup> Por su esencia, este método se utiliza y refleja a través de todo este trabajo.

Para saber si la legítima y una de sus características, el principio de intangibilidad cualitativa, ha evolucionado o se ha desnaturalizado es preciso ubicarla en su justa perspectiva histórica. De ahí la necesidad de recurrir al método histórico, tomando como punto principal de partida al Derecho romano. Mediante este método, no solo describimos las leyes que en las diversas épocas o fases del Derecho de sucesiones de España incluyeron a esta institución jurídica, sino que su surgimiento y evolución se analizó y contextualizó considerando el tipo de familia, sociedad, política, economía y propiedad existente en cada una de estas. En otras palabras, se buscó el sentido de la figura jurídica objeto de estudio al conocer y entender los acontecimientos suscitados en los diversos momentos de promulgación de las respectivas leyes y reformas que la contuvieron y que, actualmente, la mantienen. La idea era entender el por qué de la legítima, su principio rigorista de la intangibilidad cualitativa y su consecuente evolución, que constituye la perspectiva en la que se fundamenta este trabajo.

Finalmente, se estudiaron las decisiones jurisprudenciales<sup>7</sup>, principalmente las del Tribunal Supremo de España (TS), algunas del Tribunal Constitucional (TC), en cuanto fueron pertinentes para reconstruir el derecho a la herencia desde los principios y valores de la CE de 1978, y la de varios tribunales de menor jerarquía, y, también, las resoluciones de la DGRN. Tal acercamiento, por un lado, permitió observar cómo la norma se adapta y aplica a cada caso concreto. Y, por otro lado, presentar la posición que estos entes han asumido en cuanto a la institución jurídica de la legítima y al efecto que las nuevas formas de abonarla han tenido en su naturaleza. Esto, al considerar que las reformas legislativas han trastocado una de sus características, el principio de intangibilidad cualitativa. Estas perspectivas judiciales y administrativas fueron objeto de comparación, análisis y ponderación al elaborar nuestra posición sobre el particular.

Es importante puntualizar que como parte del proceso de investigación recurrimos a la técnica de recopilación y análisis de diversos textos jurídicos relacionados con la materia objeto de estudio. Ello desde una óptica interdisciplinaria que abarcó la disciplina del Derecho de sucesiones, el Derecho hipotecario, el Derecho de propiedad, el Derecho de familia, el Derecho histórico de España, el Derecho romano y hasta el Derecho constitucional, visto y analizado de forma integral con el ordenamiento del Derecho civil. En concreto, se recopiló y analizó una amplia y diversa documentación que, en términos inclusivos, puede agruparse en cuatro grandes grupos: (1) doctrina, (2) legislación, (3) jurisprudencia y (4) resoluciones administrativas. De esta manera, elaboramos una

---

<sup>7</sup> Este método, también, estará presente en todo el escrito.



bibliografía sólida de 59 páginas, ello sin incluir los 15 folios adicionales de citas jurisprudenciales y de las resoluciones de la DGRN, que suman un total de 376, que no solo sirvió para sustentar y validar nuestro trabajo, sino que, además, nos permitió interpretar y analizar los datos obtenidos sobre nuestro objeto de estudio. En definitiva, elaboramos una bibliografía exhaustiva al día de cierre de este estudio, que nos permitió concluir este proyecto académico con la satisfacción de haber realizado un análisis profundo del objeto de estudio y el entendimiento de que el mismo resulta ser una contribución para el saber en general.<sup>8</sup>

Para facilitar el análisis de la temática objeto de estudio, este trabajo ha sido estructurado en siete capítulos. Como aspecto principal, en el **primer capítulo** analizamos el sentido del reconocimiento constitucional del derecho a la herencia y sus implicaciones jurídicas. Enfocándonos, de manera especial, en determinar si la legítima y su principio de intangibilidad cualitativa, e incluso el cuantitativo, forman o no parte del contenido esencial del derecho a la herencia que debe respetar el legislador, o esta institución civil es más bien la técnica jurídica que se eligió para darle cumplimiento a la exigencia constitucional de garantizar el derecho sucesorio. En el **segundo capítulo** conocimos el Derecho de sucesiones partiendo de la historia de esta disciplina. En específico, indagamos el cómo, el por qué y el para qué se originó y evolucionó la institución jurídica de la legítima y su principio de intangibilidad cualitativa. Esto considerando los diversos basamentos históricos que han influido en la regulación del régimen legitimario, entre los que se encuentran: (1) el Derecho romano, (2) el Derecho germánico, (3) el Derecho visigodo, (4) el Derecho previo al CC, y (5) la etapa de Codificación Española del CC. Además de que presentamos las diversas perspectivas doctrinales que se han planteado en torno a la naturaleza jurídica de la legítima. Con la idea de determinar, partiendo de la visión mayoritaria que la percibe como *pars bonorum*, si la esencia de la legítima y, por ende, de su principio de intangibilidad

---

<sup>8</sup> Para obtener esta información, se utilizaron diversas bases de datos de la Universidad Complutense que facilitaron el acceso electrónico a una variedad de artículos, libros, monografías, tesis, decisiones judiciales y resoluciones administrativas. Algunas de las bases de datos que fueron utilizadas son: (1) Aranzadi, (2) HeinOnline Revista, (3) Vlex, (4) Biblioteca Básica Bosch, (5) Tirant Libros, (6) Thomsonreuters Libros, (7) Thomsonreuters Revistas, (8) Westlaw. Además, por mi relación con la Universidad de Puerto Rico, pude continuamente acceder a información relacionada con el objeto de estudio, al utilizar las siguientes bases de datos: Microjuris, Lexis Nexis, LexJuris, ProQuest, entre otras. Las referencias bibliográficas que no pude obtener electrónicamente, las conseguí mediante su búsqueda física en las diversas bibliotecas de la Universidad Complutense de Madrid, con especial relevancia la de María Zambrano, Sala Ureña, y la de Criminología, donde se ofrece el servicio de petición electrónica anticipada. Cuando la fuente no se encontraba en la Universidad, recurrí al sistema de préstamo inter-bibliotecario y visité diversos recursos de investigación externos como la Biblioteca Nacional, la de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, la del Colegio Notarial de Madrid, entre otras.

cualitativa mutó o no, por causa de las nuevas formas que hay para abonarla y de los gravámenes que incluso puede sufrir, de materializarse ciertos supuestos.

Mientras, en el **tercer capítulo** estudiamos los arts. 821 y 829 del CC que viabilizan el pago en metálico de la legítima en dinero no hereditario desde antes de la reforma del CC en 1981. La aplicación de estas normas se justifica en consideraciones concretas y objetivas. El primero relacionado con el legado de bien indivisible e inoficioso. El segundo sobre la mejora en cosa determinada y también inoficiosa. Como parte del **cuarto capítulo**, examinamos la circunstancia del supuesto especial de partición testamentaria, que se encuentra en el 1056.2 del CC. Aplicación que también está supeditada, entre otras consideraciones, a la consecución de cualquiera de estos dos objetivos concretos: (1) preservar un negocio indiviso o (2) mantener el control societario. Como se verá, la actuación distributiva del testador la genera o el interés por su familia o su deseo de conservar la empresa. Respecto al **quinto capítulo**, tratamos el supuesto general de pago en metálico extrahereditario, incluido en los arts. 841 al 847 del CC, que surgió como resultado de la reforma del CC de 1981, a través de la Ley 11/1981 de 13 de mayo. Contrario a los anteriores, estos preceptos no requieren para su aplicación de algún criterio objetivo.

Por su parte, en el **sexto capítulo** elaboramos acerca de la posibilidad que tiene el testador de gravar la legítima estricta, en específico la porción de este tercio que le corresponde a los demás herederos forzosos, con una sustitución fideicomisaria a favor de un descendiente legitimario o hijo que tenga una incapacidad judicialmente declarada. Posibilidad que fue resultado de una reforma que el legislador español introdujo al Derecho sucesorio del CC a través de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad<sup>9</sup>, en adelante LPPPD. En lo pertinente, la misma tuvo el efecto de modificar tres artículos del CC: el 782, el 808.3 y el 813.2.

Finalmente, en el **séptimo capítulo** discutimos el art. 822 del CC, cuya redacción fue producto, también, de la reforma del CC que se efectuó mediante la LPPPD. En dicho precepto se regula el derecho de habitación sobre la vivienda habitual del causante, que puede otorgarse voluntariamente, mediante un acto *inter vivos* o *mortis causa*, por el mismo a

---

<sup>9</sup> BOE núm. 277 de 19 de noviembre de 2003, Revisión vigente desde el 23 de julio de 2015. Estatuto que fue modificado, específicamente en cuanto a sus arts. 3.3, 5.2, 7.3 y 8, por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2009. Y que también fue reformado por la Ley 15/2015, 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015.

favor de algún legitimario discapacitado y, en todo caso, por ministerio de la ley. Siempre que se satisfagan los requisitos que exige la norma para cualquiera de estas situaciones.

# CAPÍTULO I

## Panorama Constitucional del Derecho a la Herencia y su Implicación en la Concepción del Derecho a la Legítima y su Principio de Intangibilidad Cualitativa

**Sumario:** Introducción; § 1 Significado del Reconocimiento Constitucional del Derecho a la Herencia; § 2 Derecho Constitucional a la Herencia: Derecho Fundamental o Garantía Institucional; § 3 Mecanismos para Salvaguardar el Derecho a la Herencia frente al Legislador: Especial Énfasis en la Garantía del Contenido Esencial: **A.** Ámbito individual del contenido del derecho a la herencia, **B.** Ámbito colectivo del contenido del derecho a la herencia; § 4 Trascendencia del Derecho Constitucional a la Herencia en el Derecho a la Legítima y su Principio de Intangibilidad Cualitativa: Perspectiva Doctrinal; Conclusión.

### INTRODUCCIÓN

En su actividad interpretativa dirigida a buscar el fundamento de las instituciones jurídicas contenidas en las diversas leyes que integran el ordenamiento jurídico de un país, el jurista, incluyendo a aquel que se dedica al estudio del Derecho civil, debe acudir a las normas constitucionales. Tal proceder le permitirá efectuar una hermenéutica sistemática e integral, considerando que toda la normativa de inferior jerarquía debe estar inspirada y ser cónsona, tanto en cuanto al aspecto formal como al material, con el máximo y principal estatuto, la Constitución. Dicha atención a los principios constitucionales debe cumplirse en todo momento, incluso cuando exista ley ordinaria o costumbre. Es un asunto de metodología jurídica y de técnica interpretativa que debe ser cumplido por todo jurista y que, por tanto, no puede limitarse exclusivamente a la competencia, en términos generales, de los especialistas en Derecho público y, en términos específicos, a los constitucionalistas.<sup>10</sup>

Hay que acercarse, además, al estudio y análisis de la norma constitucional porque sus fundamentos, valores y principios varían en cada momento histórico, es decir, con la aprobación de cada nueva Constitución. Esta suele ser el reflejo de las exigencias sociales, culturales, económicas y políticas de una circunstancia histórica determinada, parámetros que por lógica metodológica forman parte del ordenamiento jurídico de un país. El constituyente español hizo evidente esta realidad en su actual CE de 1978, donde revertió la importancia del ordenamiento jurídico de uno orientado preferentemente al patrimonio a uno enfocado,

---

<sup>10</sup> PERLINGIERI, P., «Por un Derecho Civil Constitucional Español», en A.D.C., fascículo 1, 1983, págs. 1, 2, 8 y 15, (trad.) J. M. de la Cuesta Sáenz; LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La Garantía Institucional de la Herencia», en D.P.C., Núm. 3, Mayo – Agosto 1994, pág. 38; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M<sup>a</sup>., «El Derecho de Sucesiones y las Normas Constitucionales», en *Estudios de Derechos Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, (coord.) Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, volumen II, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 1153.

además, en el ser humano. Ya el patrimonio no es por sí mismo digno de protección, sino en la medida en que viabiliza la protección de los derechos fundamentales, cumple una función social o materializa la justicia social. Este cambio de perspectiva política legislativa no puede pasar desapercibido, sino que debe ser asumido por los civilistas y utilizado al momento de interpretar, analizar y elaborar una construcción jurídica exhaustiva de las instituciones de Derecho civil.<sup>11</sup>

En definitiva, es necesario que el jurista desarrolle una sensibilidad constitucional no solo porque el ordenamiento jurídico es un todo unitario que obliga a su estudio y análisis armónico, sino porque el Derecho debe responder a la situación histórica de cada momento, realidad que se revela tanto en la ley suprema como en toda legislación que debe ser inspiración de esta. La realidad normativa no puede desprenderse de la realidad social, económica, política y cultural de un país, ni viceversa. Solo existe una realidad y esta debe ser coherente en todas sus manifestaciones. De ahí la importancia de que el jurista evolucione de ser un mero autómatas del derecho y se adentre al estudio de las instituciones jurídicas desde una óptica integral que abarque el enfoque constitucional, histórico, social, económico y político, única forma que le permitirá entender la complejidad de la realidad en que estas fueron creadas, se desarrollaron, evolucionaron y hoy permanecen.<sup>12</sup>

El legislador tampoco puede abstraerse de lo señalado, por lo que tiene el deber de realizar las reformas legislativas que considere necesarias tomando como guía a la Constitución. Esta norma, también, le resulta vinculante de acuerdo al texto del art. 9.1 de la CE de 1978, que dispone que: «[l]os ciudadanos y los **poderes públicos** están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».<sup>13</sup> Al tener en cuenta este parámetro, podrá efectuar enmiendas coherentes con los principios constitucionales de 1978, que son producto del régimen democrático y contradictorios con las concepciones conservadoras del régimen autoritario franquista. La idea es que las leyes sean reflejo de los fundamentos

---

<sup>11</sup> PERLINGIERI, P., «Por un Derecho Civil Constitucional Español», *op. cit.*, págs. 2, 4, 5 – 6, 14 y 15. Véase, además, RUÍZ-RICO RUÍZ, G., «Derechos de la Personalidad como Elementos de Articulación de la Constitución Política y la Constitución Civil», en *Principios y Derechos Constitucionales de la Personalidad: Su Proyección en la Legislación Civil*, (coords.) G. Ruíz-Rico Ruíz, M<sup>a</sup>. L. Moreno-Torres Herrera, N. Pérez Sola, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, Valencia, págs. 10-16.

<sup>12</sup> PERLINGIERI, P., «Por un Derecho Civil Constitucional Español», *op. cit.*, págs. 15-16.

<sup>13</sup> Énfasis suplido. Obligación que se reitera nuevamente en la primera oración del art. 53.1 de la CE de 1978, ahora con relación específica a los derechos fundamentales, que lee: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título [I] vinculan a todos los poderes públicos». Evidentemente, el uso del término **poderes públicos** es inclusivo. Es decir, la responsabilidad no se dirige exclusivamente al legislador, sino que se extiende a cualquier funcionario de las Administraciones Públicas o del Poder Judicial, ya sean estatales, regionales o locales. Véase: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «El Régimen Constitucional de los Derechos Fundamentales», *op. cit.*, pág. 26.

filosóficos políticos contenidos en la Constitución para que los compromisos constitucionales se garanticen en todos los ámbitos del Derecho, incluyendo el civil.<sup>14</sup>

La necesidad de estudiar las normas civiles partiendo de los mandatos constitucionales y de los valores políticos que los integran se hace extensiva, indudablemente, a la materia de Derecho de sucesiones. Precisamente, bajo este análisis congruente y coherente con todo el sistema normativo reflexionaremos sobre la razón de ser y la naturaleza de la legítima, que es uno de los institutos del Derecho sucesorio que está particularmente vinculado con el reconocimiento que en la Constitución se hace del derecho a la herencia. Tal declaración constitucional levanta muchas interrogantes. ¿Cuál es el concepto constitucional de la herencia? ¿Qué significa el reconocimiento de la herencia en la Constitución española? ¿Significa que todo el mundo tiene derecho a la herencia o a heredar, por lo genérico de la expresión? ¿Cuáles son las implicaciones jurídicas de este reconocimiento? ¿Incide este derecho en la familia, la sociedad y el propietario? ¿Cuál es el objeto del derecho a la herencia? ¿Significa que existe un derecho a la legítima constitucionalmente protegido o la legítima solo es la institución jurídica que el legislador utiliza para viabilizar el derecho a la herencia? ¿Asegura este derecho que se reciban bienes determinados y una cuantía en particular? ¿Implica que el derecho a la herencia es un derecho fundamental, principalmente, en la vertiente de derecho subjetivo o que es un derecho fundamental, esencialmente, en la vertiente objetiva de garantía institucional; representa, quizás, una doble garantía, como institución jurídica y como derecho subjetivo; o, tal vez, su tutela constitucional radica solo en una garantía institucional? ¿Cuál es el contenido esencial de la herencia que debe ser respetado por el legislador? ¿Cuál es la función social de la herencia y qué efecto tiene en el ámbito particular de este derecho?

Estos cuestionamientos, que están claramente interrelacionados, serán atendidos en este capítulo y con esta intención se acudirá también al estudio y análisis, aunque general, del derecho a la propiedad privada, por ser el derecho a la herencia una extensión del mismo. Más específicamente, la utilidad máxima de la propiedad individual solo se puede alcanzar a través de la herencia, por ser la institución jurídica que mejor la estimula. Es cierto que la propiedad privada sirve, por sí misma, de estímulo para que el individuo trabaje. No obstante, es innegable que esa motivación se torna perpetua ante la posibilidad de que esa propiedad personal pueda transmitirse *mortis causa* mediante la figura de la sucesión

---

<sup>14</sup> RUÍZ-RICO RUÍZ, G., «Derechos de la Personalidad como Elementos de Articulación de la Constitución Política y la Constitución Civil», *op. cit.*, págs. 10 y 17.

hereditaria.<sup>15</sup> Es decir, el reconocimiento constitucional del derecho a la herencia sirve para aclarar hasta donde llega el derecho a la propiedad privada, conforme definido por la CE de 1978, que es a que el propietario pueda transmitir sus bienes *mortis causa* a sus sucesores y a que estos la puedan recibir, dentro del marco legal, ya sea por vía testamentaria o intestada.

## § 1

### SIGNIFICADO DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA HERENCIA

En el apartado primero del art. 33 de la CE de 1978 «[s]e reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia<sup>16</sup>». <sup>17</sup> Entre los diversos significados del verbo «reconocer»

---

<sup>15</sup> VALVERDE, C., «El Estado y las Sucesiones», en *R.G.L.J.*, Tomo 105, 1904, pág. 529; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1982, pág. 27, *Estudios de Derecho Sucesorio. El Fenómeno Sucesorio. Principios. Instituciones Controvertidas*, volumen 1, Ed. Montecorvo, S. A., 2ª edición, Madrid, 1987, pág. 23; CAMACHO CLAVIJO, S. y DE LAMA AYMÁ, A., «La Sucesión “Mortis Causa” (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, M<sup>a</sup>. DEL C., GETE-ALONSO y CALERA (dir.) y J. SOLÉ RESINA (coord.), 2ª edición, Ed. Aranzadi, S. A. U., Navarra, 2016, págs. 85 y 86.

<sup>16</sup> Esta protección constitucional a la herencia se estableció desde las etapas preparatorias a la aprobación definitiva de la CE de 1978. Su variación, esencialmente, no fue de contenido sino de numeración. En los procesos deliberativos de la ponencia constitucional se ubicó en el art. 33, con la salvedad respecto al vigente de que las palabras derecho y propiedad estaban conectadas por la preposición **de**, en lugar de por la preposición **a** más el artículo **la**. A partir del Anteproyecto de Constitución, que se publicó el 5 de enero de 1978, el texto de este primer apartado permaneció exactamente igual al que finalmente se aprobó, con la variedad de que en este documento aparecía como el art. 29. Luego de estudiar las enmiendas presentadas al Anteproyecto, en su informe sometido el 10 de abril de 1978, la ponencia reubicó tal reconocimiento en el art. 32. Aunque, producto del debate del informe, la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas emitió un Dictamen, publicado el 1 de julio de 1978 y aprobado por el Congreso el 24 de julio de 1978, en el que el derecho a la herencia se estableció en el art. 31. Fue en el Senado que, finalmente, dicho derecho se ubicó en el vigente art. 33 de la CE y así fue mantenido en el Dictamen de la Comisión Mixta y hasta su final aprobación por ambas Cámaras. (Véase: SERRANO ALBERCA, J. M., «Minutas y Actas de la Ponencia Constitucional», en *R.C.G.*, núm. 2, 1984, págs. 271 y 273; BOC Núm. 44 de 5 de enero de 1978, Anteproyecto de la Constitución, pág. 674; BOC Núm. 82 de 17 de abril de 1978, Anteproyecto de la Constitución: Informe de la Ponencia, pág. 1541; BOC Núm. 121 de 1 de julio de 1978, Dictamen con Enmiendas de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, pág. 2596; BOC Núm. 135 de 24 de julio de 1978, Texto del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, pág. 2950; BOC Núm. 157 de 6 de octubre de 1978, Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado relativo al Proyecto de Constitución, pág. 3421; BOC Núm. 170 de 28 de octubre de 1978, Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre el Proyecto de Constitución, pág. 3707; Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, Núm. 130, Sesión Plenaria Núm. 62, de 31 de octubre de 1978, págs. 5179 – 5206; Diario de Sesiones del Senado, Núm. 68, Sesión Plenaria Núm. 42, de 31 de octubre de 1978, págs. 3393 – 3430; BOC Núm. 177 de 6 de noviembre de 1978, Comunicaciones de la Presidencia del Congreso de los Diputados y de la del Senado, dando cuenta de la aprobación en una y otra Cámara del Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre el proyecto de Constitución, pág. 3876; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M<sup>a</sup>., «El Derecho de Sucesiones y las Normas Constitucionales», *op. cit.*, pág. 1149; ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, Ed. Reus, S. A., 1ª edición, Madrid, 2017, pág. 19); PÉREZ LUÑO, A. E. y RODRÍGUEZ de QUIÑONES y de TORRES, A., «Artículo 33: Propiedad Privada y Herencia», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, (dir.) O. Alzaga Villaamil, Ed. Edersa, Madrid, 1996, págs. 506 – 507. Según la doctrina, tanto la inclusión como la permanencia del reconocimiento del derecho a la propiedad y a la herencia en la CE de 1978 fue el resultado de lo que denominaron como la «mayoría mecánica», que se lograba con la suma de los votos de los diputados de los

se encuentra el «[a]dmitir o aceptar algo como legítimo».<sup>18</sup> En ese sentido, se entiende que la norma suprema reconoce una realidad anterior a su promulgación, que nada tiene que ver con su adhesión a realidades metapositivas propias del Derecho natural.<sup>19</sup> Significa que con el reconocimiento a la herencia en el texto constitucional se legitima la concepción e

---

Grupos Parlamentarios de Unión de Centro Democrático (UCD) y Alianza Popular (AP). Incluso, se ha alegado que, en un momento particular, UCD y el Grupo parlamentario del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) pactaron la redacción de los arts. 26 al 50, entre el que evidentemente se encontraba el derecho a la herencia. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La Elaboración de la Constitución de 1978*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 110, 111 y 118; ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ed. Del Foro, 1ª edición, Madrid, 1978, pág. 57; ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, op. cit., pág. 40. Valga señalar que en ninguna de las Constituciones históricas de España se hizo referencia al derecho a la herencia. (Véase: Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812; Constitución Política de la Monarquía Española de 1837; Constitución de la Monarquía Española de 1845; Constitución Democrática de la Nación Española, promulgada el 6 de junio de 1869; Constitución de la Monarquía Española de 30 de junio de 1876; Constitución de 9 de diciembre de 1931. Todas examinadas de la página de internet: [www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm](http://www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm), última consulta el 20 de octubre de 2017). Tampoco en el Fuero de los Españoles de 1945, que fue una de las ocho leyes fundamentales del franquismo, se hizo mención al derecho a la herencia. (Véase: Fuero de los Españoles, BOE núm. 199 de 18 de julio de 1945, modificado por la Ley Orgánica del Estado núm. 1 de 10 de enero de 1967, BOE núm. 9 de 11 de enero de 1967, aprobándose los textos refundidos de las Leyes Fundamentales del Reino a través del Decreto 779 de 20 de abril de 1967, BOE núm. 95 de 21 de abril de 1967).

<sup>17</sup> En la vigente Constitución de Puerto Rico de 25 de julio de 1952 no se reconoce expresamente el derecho a la herencia. Aunque, en su art. II, sección 7, sí se proclama el derecho «...a la libertad y el disfrute de la propiedad...». Incluso, se añade que «[n]inguna persona será privada de su libertad o propiedad sin debido proceso de ley...». Además de disponerse, en la sección 9 del mencionado precepto, que «[n]o se tomará o perjudicará la propiedad privada para uso público a no ser mediante el pago de justa compensación...». A nuestro parecer, debe entenderse que inmerso en los conceptos libertad y propiedad está la posibilidad de suceder por causa de muerte, al ser este uno de los mecanismos que cumple la función de transmitir la propiedad. L.P.R.A. Const. Art. II, § 7 y 9 (2017). Apreciación que coincide, en cierta forma, con la asumida por la doctrina española, al expresar que en la protección de la propiedad está comprendida su transmisión *post mortem*. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M<sup>a</sup>, «El Derecho de Sucesiones y las Normas Constitucionales», op. cit., págs. 1143, 1145 y 1150 - 1151; ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, op. cit., pág. 40; LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La Disciplina Constitucional de la Propiedad Privada*, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1988, pág. 30, añade que la alusión a la herencia en el art. 33.1 de la CE de 1978 es, en cierta forma, redundante. (Para conocer más sobre la Constitución de Puerto Rico y sobre estas dos secciones de la Carta de Derecho, puede consultarse: Convención Constituyente de Puerto Rico, Diario de Sesiones, publicado por virtud de la Resolución Conjunta Núm. 102 de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico de 26 de junio de 1959, Gobierno de Puerto Rico, Febrero - 1961, reimpresión por Equity Publishing Corp., Oxford: New Hampshire, 2014, págs. 1 - 3255; TRÍAS MONGE, J., *Historia Constitucional de Puerto Rico*, Vol. III, Ed. Universidad de Puerto Rico, 1ª edición, Río Piedras, P.R., 1982, págs. 187 - 189 y 190 - 191; ESCUELA GRADUADA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO, *La Nueva Constitución de Puerto Rico*, Ed. Universidad de Puerto Rico, edición facsimilar de la 1ª edición publicada en 1954, San Juan, P.R., 1994, págs. 176 - 178, 189 - 194 y 536 - 572; CONVENCION CONSTITUYENTE DE PUERTO RICO, Informe de la Comisión de Carta de Derechos (contiene, además, una relación de informes, estudios y documentos considerados, así como transcripciones de los testimonios ofrecidos ante la Comisión de Carta de Derechos), Capitolio, San Juan, Puerto Rico, 1951, págs. 17 - 18, 20 - 22, 64, 66, 84 y 85; MALAVET VEGA, P., *Evolución del Derecho Constitucional en Puerto Rico*. Ed. Lorena, Ponce, P.R., 1998, págs. 43 - 61 y 279 - 319).

<sup>18</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, [www.dle.rae.es/?id=VUKtSklp](http://www.dle.rae.es/?id=VUKtSklp), última consulta el 4 de octubre de 2017.

<sup>19</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La Disciplina Constitucional de la Propiedad Privada*, op. cit., pág. 33. Véase, también, BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, Ed. Dykinson, D. L., Madrid, 2012, págs. 518 y 519.



interpretación que de esta institución fueron elaborando los juristas hasta el justo momento de la aprobación de la Carta Magna. Más específicamente, «[l]a Constitución toma prestados conceptos preexistentes en la teoría y en el metalenguaje de los juristas; o, si se prefiere decirlo de otro modo, los toma prestados del acervo de las tradiciones existentes en la comunidad jurídica en el momento de su promulgación».<sup>20</sup> De forma que la Constitución no viene a romper con el modo en que la cultura jurídica ha entendido el derecho a la herencia, sino a impulsar su continuación. No se trata de la involución o el estancamiento de este concepto jurídico. Todo derecho o institución reconocido y garantizado por la Carta Magna está sujeto a actualización mediante la acción legislativa. Claro está, en la configuración de esta evolución, el legislador ordinario debe, como se discutirá más adelante, respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales que están incorporados en la Constitución.<sup>21</sup>

De ahí que la conjunción indisociable entre la propiedad y la herencia deba comprenderse como la posibilidad que se le confiere a cualquier persona de adquirir, disfrutar y transmitir su propiedad *inter vivos* y *mortis causa*. La muerte del propietario no extingue la propiedad privada, sino que esta persiste y se perpetúa como tal, ahora en poder de sus herederos. Se trata de la pervivencia en el tiempo, más allá de la fatalidad de la muerte del propietario, de la propiedad privada. De la continuidad en el disfrute de los bienes y los derechos, a pesar de la fragilidad de la vida humana.<sup>22</sup> Circunstancia que

---

<sup>20</sup> DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Algunas Reflexiones sobre el Derecho de Propiedad Privada en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, (coord.) S. Martín Retortillo, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición, Madrid, 1991, pág. 1258. Véase, además, BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, op. cit., págs. 519 – 520; MONTÉS PENADÉS, V. L., *La Propiedad Privada en el Sistema del Derecho Civil Contemporáneo: Un Estudio Evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978*, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición, Madrid, 1980, pág. 151.

<sup>21</sup> MONTÉS PENADÉS, V. L., *La Propiedad Privada en el Sistema del Derecho Civil Contemporáneo: Un Estudio Evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978*, ibid., pág. 151; DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Algunas Reflexiones sobre el Derecho de Propiedad Privada en la Constitución», ibid., págs. 1258 - 1259. Véase, también, BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, op. cit., págs. 520 – 521.

<sup>22</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», en *Derecho Civil Constitucional*, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, págs. 434 y 435; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. I, 10ª edición, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2010, págs. 64 – 65. Véase, también, ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, op. cit., pág. 60; PÉREZ GALLARDO, L. B., «La Sucesión por Causa de Muerte desde una Visión Constitucional», en *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, (coords.) A. Murillo Villar, A. Calzada González, S. Castán Pérez-Gómez, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2016, pág. 686; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Autonomía Privada y Derecho de Sucesiones», en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado: Estudios en Conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado*, tomo 1, (coord.) L. Prats Albentosa, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2013, págs. 517, 518 y 523, «El Fundamento Constitucional de la facultad de Disponer para después de la Muerte», en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 7675, Año XXXII, 18 de julio de 2011, pág. 1; BARRIO

atinadamente se ha justificado en la libertad de la persona, uno de los valores en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico español, según manifiesta la propia Constitución en su art. 1.1, y que debe ser promovida y defendida por el Estado social y democrático de Derecho de España.<sup>23</sup> Además de ser coherente con el texto del art. 609 del CC que establece que la sucesión constituye uno de los mecanismos para adquirir y transmitir la propiedad.

Se piensa que la dual y conexas proclamación del derecho a la propiedad y a la herencia está vinculada con el modelo económico capitalista que los constituyentes decidieron instaurar en España, que está en clara contraposición con un sistema económico socialista – marxista que tenía como postulados, al menos teórica y originariamente, la abolición de la propiedad privada y de la posibilidad de heredarla después del fallecimiento de su propietario.<sup>24</sup> Esta realidad unida al reconocimiento a la libertad de empresa en una economía de mercado, según establecida en el art. 38 de la CE de 1978, hace impensable que se suprima la posibilidad de heredar, especialmente, ciertos bienes de capital. Se rechaza la perspectiva radical de socializar o colectivizar los medios de producción. Entendiéndose como apropiables y, por tanto, heredables todos los bienes susceptibles de dominio, ya sean de consumo o de producción. Cualquier estatuto que contradiga lo señalado sería inconstitucional, por contravenir los derechos a la propiedad privada, a la herencia y a la libertad de empresa. Igualmente, se entiende inconcebible que se consideren extinguidas las relaciones jurídicas de una persona por causa de su muerte y se proceda a declarar vacantes sus bienes; a desaparecer sus deudas, afectándose así los derechos de los acreedores; o a

---

GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, op. cit., págs. 512 y 518 - 519.

<sup>23</sup> ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978*, op. cit., pág. 289.

<sup>24</sup> Ha habido teorías negativas sobre la sucesión hereditaria, que fueron elaboradas por dos escuelas extremas: (1) la individualista y (2) la socialista, esta última subdividida en la clásica y la moderna. Se denominaron así porque se encargaban de promover la negación de todo fundamento racional a la institución de la sucesión *mortis causa*. Para los individualistas no es posible una sucesión testamentaria porque con la muerte concluyen todos los derechos que fueron generados por la voluntad de la persona y esta no puede originar otros para que sean efectivos en un momento en el que ya no existirá. Tampoco creen factible la sucesión legal porque solo conciben la comunidad de bienes familiar, mientras subsista la familia. Por tanto, los bienes del causante pasarán a ser vacantes y, para algunos, les corresponderán al Estado o, según otros, pertenecerán al primer ocupante, que, por lo general, será el pariente más próximo. Por su parte, los socialistas clásicos combatían el Derecho de sucesiones porque estaban opuestos a la propiedad privada. No creían en la continuación de la voluntad de una persona después de su muerte. Ni en la aristocrática copropiedad de los bienes de la familia romana. En cambio, los socialistas modernos o colectivistas reconocían el derecho de sucesión respecto a los bienes de consumo, pero lo desconocían en relación con los de producción o de trabajo. (Para mayores detalles sobre este tema y una discusión en cuanto a la evolución del Derecho de sucesiones en ordenamientos socialistas, puede consultarse: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. I, op. cit., págs. 62 – 63 y 66 - 70; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M<sup>a</sup>., «El Derecho de Sucesiones y las Normas Constitucionales», op. cit., págs. 1147 – 1149. Véase, también, ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, op. cit., pág. 60; CAMACHO CLAVIJO, S. y DE LAMA AYMA, A., «La Sucesión “Mortis Causa” (I)», op. cit., pág. 84).

extinguirse los derechos sobre cosa ajena y los créditos, favoreciéndose, sin causa y respectivamente, a los propietarios o deudores. Todas situaciones ajenas a una de las finalidades del derecho a la herencia que es preservar la continuidad de las relaciones jurídicas para proveerle seguridad jurídica a la sociedad.<sup>25</sup>

La mención de la herencia en la Constitución, sin embargo, no se limita a lo indicado anteriormente, sino que tiene que ver con la afirmación de la existencia de esta institución civil dentro del marco amplio de la disciplina del Derecho sucesorio *mortis causa*.<sup>26</sup> Significa que no solo se refiere a la sucesión universal, sino, también, a la particular. Y que la protección constitucional se hace extensiva a las tres modalidades de sucesiones que se establecen en el art. 658 del CC: (1) la testamentaria o voluntaria, (2) la legítima o legal, y (3) la mixta.<sup>27</sup> Esta visión amplia del derecho a la herencia coincide, y se clarifica más aún, con el criterio que el senador Alberto Ballarín Marcial, del Grupo Unión de Centro Democrático en el Senado, manifestó en el proceso parlamentario para elaborar y aprobar la CE de 1978. A través de la enmienda 858, que al final, lamentablemente, no fue acogida por el Senado, este sugirió aclarar aún más el texto del actual art. 33 de la CE de 1978, añadiéndole un cuarto apartado que leía así: «La ley regula la sucesión testamentaria y legítima,

---

<sup>25</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 1988, reimp. 1990, pág. 15; ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978*, op. cit., pág. 289; BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, op. cit., págs. 512 – 518 y 536; ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, op. cit., págs. 10, 21 – 23 y 61; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, Ed. Tecnos, S. A., 3ª edición, Madrid, 1983, pág. 400; CASTÁN VÁZQUEZ, J. Mª., «El Derecho de Sucesiones y las Normas Constitucionales», op. cit., págs. 1149 y 1150; CAMACHO CLAVIJO, S. y DE LAMA AYMÁ, A., «La Sucesión “Mortis Causa” (I)», op. cit., pág. 85; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 1, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pág. 12, rechaza el tránsito del patrimonio privado, una vez fallezca su titular, al Estado, negando así la posibilidad de socialización del mismo. Por su parte, PÉREZ LUÑO, A. E. y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES y de TORRES, A., «Artículo 33: Propiedad Privada y Herencia», op. cit., págs. 516 y 517, que sugiere que el derecho constitucional a la propiedad y a la herencia se hace extensivo a los bienes de consumo y de producción, en la medida que en la Ley suprema no se especificó cuáles bienes serían objeto de estos derechos. Por otro lado, comenta que la Constitución no impone un «sistema productivo privado de tipo neocapitalista», a pesar de que la consagración del derecho a la herencia y a la propiedad, junto con otras normas constitucionales, lo hagan posible. En contra de este último planteamiento está LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La Disciplina Constitucional de la Propiedad Privada*, op. cit., pág. 35 y nota 6, al considerar que es viable que a las normas constitucionales que promueven el sistema económico-social capitalista se le realicen cambios «[c]on acomodaciones o dulcificaciones, de las que se puede discutir el alcance (tal la cláusula de subordinación de toda la riqueza del país al interés general: art. 128 C.E.), pero nunca configuradoras de un esquema alternativo, en términos absolutos, al capitalismo».

<sup>26</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La Garantía Institucional de la Herencia», op. cit., págs. 29 y 30, «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», op. cit., pág. 435.

<sup>27</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J. Mª., «El Derecho de Sucesiones y las Normas Constitucionales», op. cit., pág. 1150, añade que dentro de la sucesión voluntaria está incluida la contractual, que, según su parecer, puede suscitarse excepcionalmente bajo el CC y normalmente por medio de ciertas Compilaciones forales; ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, op. cit., págs. 9 y 57.

reconociendo la libertad de disponer, asegurando los derechos sucesorios de la familia y teniendo en cuenta los intereses generales».<sup>28</sup> En su justificación se hacía patente la intención de constitucionalizar la herencia de manera más clara y ampliamente.<sup>29</sup>

Como se discutirá más adelante, lo planteado es indicativo de que en el contenido esencial del derecho a la herencia convergen tres intereses principales: el del individuo, el de la familia y el de la sociedad. Todo porque el fundamento de la institución de la herencia es continuar las relaciones jurídicas, a través de la libertad dispositiva del propietario fallecido, que se hace manifiesta por virtud de su voluntad expresa o presunta, para generar estabilidad en la familia y en la economía social.<sup>30</sup> Y es que este reconocimiento constitucional no se reduce a causar herencias y a la posibilidad de que su propietario pueda transmitir las después de su fallecimiento, sino también a la eventualidad de heredarlas, ambos aspectos matizados por la utilidad social que forma parte del fenómeno sucesorio y que es regulado, principalmente, por el CC y otras legislaciones ordinarias, siempre en coherencia con los postulados de la Constitución.<sup>31</sup>

## § 2

### **DERECHO CONSTITUCIONAL A LA HERENCIA: DERECHO FUNDAMENTAL O GARANTÍA INSTITUCIONAL**

El capítulo segundo de la CE de 1978 sobre los «**Derechos y Libertades**», ubicado dentro del Título I «**De los Derechos y Deberes Fundamentales**», está estructurado en dos secciones: la primera denominada «**De los Derechos Fundamentales<sup>32</sup> y de las Libertades Públicas**» y la segunda titulada «**De los Derechos y Deberes de los Ciudadanos**». Este esquema ha provocado que ambas secciones sean analizadas, principalmente, desde dos vertientes constitucionales divergentes: (1) garantía institucional y (2) derecho

---

<sup>28</sup> *Enmiendas al Proyecto de Constitución ante la consideración del Senado*, pág. 365.

<sup>29</sup> *Enmiendas al Proyecto de Constitución ante la consideración del Senado*, *supra*.

<sup>30</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. I, *op. cit.*, pág. 65.

<sup>31</sup> Véase: LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 15; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, Ed. Dykinson, S. L., 4ª edición (revisada y puesta al día por J. Rams Albesa), Madrid, 2009, págs. 6 – 7.

<sup>32</sup> Este término apareció en el 1770 en Francia. Por causa, concretamente, del movimiento político y cultural que propició la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789. Luego, esta palabra adquirió especial preeminencia en la Ley Fundamental Bonn de 1949 de Alemania. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, E. Tecnos, (Grupo Anaya, S. A.), 10ª edición, Madrid, 2010, pág. 32.

fundamental.<sup>33</sup> Deslindar este asunto es medular porque asumir una u otra conceptualización, en cuanto al mecanismo de tutela constitucional que le resulta aplicable al derecho a la herencia, redundará en efectos no solo teóricos sino, y mucho más importante, prácticos.

Esta manera dual de distinguir y aproximarse al estudio de este bloque de derechos constitucionales ha sido asimilada por el TC, a pesar de que el proceso para clarificar sus contornos conceptuales ha sido objeto de discusión, inconsistencias y discrepancias jurídicas. En términos generales, se concibe que la primera sección del capítulo segundo del título primero de la CE de 1978, que agrupa a los arts. 15 al 29, está protegida por la vertiente

---

<sup>33</sup> La doctrina alemana fue la que inició el estudio y discusión sobre la diversificación de la tutela constitucional en garantía institucional y derecho fundamental. Igualmente, fue la doctrina española la que materializó su trasposición dentro del ordenamiento de España. En concreto, la figura de la garantía institucional, clasificando como tal a la autonomía local y, en especial, la municipal, llega a España a través de: PAREJO ALFONSO, L., *Garantía Institucional y Autonomías Locales*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981. Y el máximo interprete de la Constitución acogió el mencionado concepto, también, con relación a la autonomía local (arts. 137 y 141 de la CE) y, en específico, la provincial, en su STC (Pleno), núm. 32 de 28 de julio de 1981, (RTC 1981/32).

Los orígenes de esta figura jurídica se remontan a la década del veinte y están especialmente vinculados a la Constitución de Weimar de 1919 y a lo que significó todo su devenir histórico. Específicamente, fue el art. 127 de la Constitución weimariana, que trataba sobre la autonomía municipal, el que propició el surgimiento de esta teoría. Así fue que la autonomía municipal se convirtió en la primera garantía institucional ampliamente reconocida por la doctrina.

Aunque el término «Garantía de Instituto» fue inicialmente mencionado por Martin Wolff en su escrito titulado «Reichsverfassung und Eigentum» de 1923, fue Carl Schmitt el que formuló esta teoría, influido por la Constitución de Weimar. En términos generales, su concepción sobre los derechos fundamentales fue lo que originó la distinción entre esta clasificación y la de garantía institucional. Su visión de que los derechos fundamentales, al ser absolutos y estar relacionados con la libertad, eran anteriores a la Constitución y estaban por encima del legislador. Que su reconocimiento implicaba la libertad ilimitada de su titular y la intervención restringida del Estado, puesto que su contenido no era creación del legislador, cuya intervención legislativa era excepcional. Todo derecho reconocido en la Constitución que no pudiera ubicarse bajo este parámetro, se entendía que no era un derecho fundamental auténtico y puro. Schmitt estaba consciente de que la Constitución, además de proteger los derechos fundamentales, garantizaba, frente al legislador, la pervivencia de ciertas instituciones. Sin embargo, era su criterio que tal garantía institucional no tenía el efecto de asegurar una libertad ilimitada. Concretamente, la exposición doctrinal de Schmitt tenía el doble propósito de distinguir los derechos fundamentales de las garantías institucionales, clasificación que abarcaba tanto a la protección de las de instituciones públicas, conceptuadas como la vertiente estricta de las garantías institucionales, como a la conservación de las instituciones privadas, estas últimas denominadas como garantías de instituto, y someter la aptitud conformadora del legislador, que esencialmente es independiente, a las garantías protegidas por la Constitución. Convirtiéndose, así, la garantía institucional en una garantía frente al poder legislativo. (Para mayor detalle sobre este asunto, véase: PAREJO ALFONSO, L., *Garantía Institucional y Autonomías Locales*, *op. cit.*, págs. 17 – 26; JIMÉNEZ BLANCO, A., «Garantías Institucionales y Derechos Fundamentales en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, (coord.) S. Martín Retortillo, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1ª edición, 1991, págs. 635 - 638 y 646 - 648; LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, pág. 43; BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>, «La Distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional en la Constitución Española», en *R.E.D.C.*, Año 8, núm. 24, Septiembre – Diciembre 1988, págs. 166 – 167; ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, *op. cit.*, pág. 47; CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía Institucional, Dimensión Institucional y Derecho Fundamental: Balance Jurisprudencial», en *Teoría y Realidad Constitucional de la UNED*, núm. 23, 2009, págs. 150 – 151 y nota 2; DIEZ – PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Ed. Aranzadi, S. A., 3ª edición, Navarra, 2008, pág. 60).

clasificada como derechos fundamentales, cuya naturaleza es principalmente subjetiva.<sup>34</sup> Mientras, se piensa que la segunda sección, compuesta por los arts. 30 al 38, está salvaguardada por el componente de la garantía institucional que substancialmente es objetivo.<sup>35</sup> Bajo este enfoque, el derecho a la herencia se concebiría como una garantía institucional.

En concreto, al analizar la relación entre el derecho a la huelga (art. 28.2 de la CE de 1978) y el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 de la CE de 1978), el TC manifestó que solo son derechos fundamentales los que sistemáticamente están colocados en la sección 1ª del Capítulo II del Título I y que los ubicados en la sección 2ª son derechos, pero no de esa categoría.<sup>36</sup> Precisamente, este fue uno de los fundamentos jurídicos que, también, utilizó la mayoría del pleno de este tribunal para validar su decisión de clasificar a la autonomía universitaria (art. 27.10 de la CE de 1978) como un derecho fundamental.<sup>37</sup> Justificación que, como se observará de nuestra

---

<sup>34</sup> Para efectos de aclaración y darle concreción a lo expresado, es preciso señalar que la clasificación de derecho fundamental subjetivo fue extendida por el TC al art. 14 de la CE de 1978 que trata sobre la igualdad de los españoles ante la ley. {STC (Pleno), núm. 189 de 24 de noviembre de 1987, (RTC 1987/189); STC núm. 67 de 18 de abril de 1988, Sala Primera, (RTC 1988/67); STC (Pleno), núm. 73 de 21 de abril de 1988, (RTC 1988/73)}. Igualmente, el TC ha aclarado que ciertos preceptos de la sección 1, del Capítulo II del Título I de la CE de 1978, no constituyen derechos fundamentales subjetivos y que, por tanto, no les es aplicable el recurso de amparo. Por ejemplo, el apartado 3 del art. 16, que tiene que ver con la confesión religiosa, y algunos de los incisos del art. 27, como por ejemplo el 5, 7, 8 y 9, que, entre otros aspectos, se refieren a la enseñanza y la intervención de los padres, los profesores y los alumnos en el control y gestión de los centros educativos. {STC núm. 93 de 8 de noviembre de 1983, Sala Primera, (RTC 1983/93); STC núm. 86 de 10 de julio de 1985, (RTC 1985/86)}. Véase, además, JIMÉNEZ BLANCO, A., «Garantías Institucionales y Derechos Fundamentales en la Constitución», *op. cit.*, pág. 640; DIEZ – PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pág. 61, afirma que el TC no ha generalizado la perspectiva estrictamente geográfica de los derechos fundamentales.

<sup>35</sup> En el caso del derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2 de la CE de 1978), aunque el TC no lo clasificó como un derecho fundamental subjetivo, sí le extendió la aplicación del mecanismo del recurso de amparo en el caso de que el mismo sea violentado. Al estar conectado con la libertad ideológica (art. 16.1), uno de los derechos de la sección 1 del capítulo segundo del título I de la CE de 1978. Véase: STC (Pleno), núm. 161 de 27 de octubre de 1987, (RTC 1987/161); STC núm. 15 de 23 de abril de 1982, Sala Primera, (RTC 1982/15); JIMÉNEZ BLANCO, A., «Garantías Institucionales y Derechos Fundamentales en la Constitución», *op. cit.*, pág. 640; CASAS BAAMONDE, Mª. E., «De los Derechos y Deberes Fundamentales», en *Comentarios a la Constitución Española*, (dirs.) Mª. E., Casas Baamonde y M. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, (coords.) M. Pérez Manzano e Ignacio Borrajo Iniesta, Ed. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 170; DIEZ – PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pág. 59; el Art. 53.2 de la CE de 1978, que claramente establece que el recurso de amparo puede instarse ante la alegada vulneración del derecho a la objeción de conciencia.

<sup>36</sup> STC (Pleno), núm. 11 de 8 de abril de 1981, (RTC 1981/11).

<sup>37</sup> STC (Pleno), núm. 26 de 27 de febrero de 1987, (RTC 1987/26), caso sobre la LO 11 de 25 de agosto de 1983 de Reforma Universitaria en el que para calificar a la autonomía universitaria se acudió a la distinción entre derecho fundamental y garantía institucional. Específicamente, la mayoría del tribunal, siguiendo la concepción clásica de los derechos fundamentales, manifestó: «La ubicación de la autonomía universitaria entre los derechos fundamentales es una realidad de la que es preciso partir para determinar su concepto y el alcance que le atribuye la constitución. Es cierto que no todo lo regulado en los arts. 14 a 29 constituyen derechos fundamentales y que en el propio art. 27 hay apartados – el 8 por ejemplo – que no responden a tal concepto.

exposición, no es consistente ni coherente con la intención del constituyente que se desvela de los diversos documentos generados en el trámite parlamentario realizado para elaborar la actual CE de 1978. Además de que esta aislada determinación resulta contradictoria, por un lado, con el hecho de que la propia jurisprudencia constitucional, de acuerdo al texto del art. 53.1 de la CE de 1978, ha hecho extensiva la garantía del contenido esencial tanto a derechos contenidos en la sección primera como en la segunda del capítulo II del título I de la Constitución<sup>38</sup> y, por otro lado, ha reconocido, en numerosas ocasiones, e incluso en esta misma decisión<sup>39</sup>, el carácter amplio o doble de los derechos fundamentales. Sobre el particular, el TC manifestó:

«En primer lugar, **los derechos fundamentales son derechos subjetivos**, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un “status” jurídico o la libertad en un ánimo de la existencia. **Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo** de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.º1)».<sup>40</sup>

---

Pero allí donde, dentro de la Sección 1.ª, se reconozca un derecho, y no hay duda que la autonomía de las Universidades lo es, su configuración como fundamental es precisamente el presupuesto de su ubicación. El constituyente, que en otros preceptos de la Constitución se remite a los derechos fundamentales por su colocación sistemática en la misma (arts. 53.2 y 161.1.b) para dotarlos de especial protección, no podía desconocer la significación de ese encuadramiento». Además de aparentemente sugerir, equivocadamente según el Voto particular del Magistrado Don Francisco Rubio Llorente, parecer con el que estamos de acuerdo, que el núcleo esencial de la garantía institucional es más flexible a la disposición normativa del legislador que el de los derechos fundamentales, a pesar de que en este caso constituye, precisamente, una variedad de estos. Véase, también, JIMÉNEZ BLANCO, A., «Garantías Institucionales y Derechos Fundamentales en la Constitución», *op. cit.*, págs. 643 – 644.

<sup>38</sup> Véase: STC (Pleno), núm. 198 de 6 de noviembre de 2012, (RTC 2012/198); STC (Pleno), núm. 112 de 5 de abril de 2006, (RTC 2006/112); STC (Pleno), núm. 204 de 18 de noviembre de 2004, (RTC 2004/204); STC (Pleno), núm. 109 de 5 de junio de 2003, (RTC 2003/109); ATC (Pleno), núm. 134 de 9 de mayo de 1995, (RTC 1995/134 AUTO); STC (Pleno), núm. 170 de 19 de octubre de 1989, (RTC 1989/170); STC (Pleno), núm. 161 de 27 de octubre de 1987, *supra.*; STC (Pleno), núm. 37 de 26 de marzo de 1987, (RTC 1987/37); STC (Pleno), núm. 196 de 11 de diciembre de 1987, (RTC 1987/196); STC (Pleno), núm. 77 de 27 de junio de 1985, (RTC 1985/77); STC (Pleno), núm. 11 de 8 de abril de 1981, *supra.*

<sup>39</sup> Al respecto, en la STC (Pleno), núm. 26 de 27 de febrero de 1987, *supra.*, el máximo interprete de la ley suprema manifestó: «...lo primero que hay que decir es que derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales...».

<sup>40</sup> STC (Pleno), núm. 25 de 14 de julio de 1981, (RTC 1981/25). (Énfasis suplido). Véase, además, diversas sentencias en las que el TC para interpretar derechos fundamentales acude tanto a su aspecto subjetivo como objetivo: STC (Pleno), núm. 198 de 6 de noviembre de 2012, *supra.*, expresa que el derecho a contraer matrimonio tiene una doble dimensión conceptual como garantía institucional y como derecho fundamental; STC (Pleno), núm. 37 de 26 de marzo de 1987, *supra.*, alude a que el derecho a la propiedad tiene una vertiente individual o subjetiva y otra institucional o social; STC núm. 111 de 28 de noviembre de 1984, (RTC 1984/111), se afirma que el derecho a juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la CE) es tanto una garantía institucional como un derecho fundamental; STC (Pleno) núm. 22 de 2 de julio de 1981, (RTC 1981/22), donde se hace referencia a la dimensión individual y colectiva del derecho al trabajo (arts. 35.1 y 40.1 de la CE); tanto en la STC (Pleno), núm. 12 de 31 de marzo de 1982, (RTC 1982/12) como en la STC núm. 104

Inclusive, a esta última sentencia se le emitieron votos particulares, cuyas expresiones suscribimos enteramente. Se argumentó que la concepción de los derechos fundamentales que propuso la mayoría del tribunal era limitada y restringida. Que la composición de estos derechos no se podía reducir a aquellos que estuvieran salvaguardados mediante el recurso de amparo. Ya que tal visión resultaría en la negación de la existencia de los derechos fundamentales en aquellos sistemas jurídico constitucionales en los que no se tuviera este mecanismo procesal. Además de que sería «...incompatible con nuestra propia Constitución que también sustrae a la libre disponibilidad del legislador (art. 53.1) los derechos comprendidos en la Sección 2.<sup>a</sup> del capítulo segundo que son también, por eso mismo, derechos fundamentales...». Destacando, finalmente, que las garantías institucionales, como las de institutos, constituyen solo variedades de los derechos fundamentales como, también, lo son los derechos de libertad e igualdad, que en la CE de 1978 se denominan como derechos fundamentales y libertades públicas.<sup>41</sup>

La doctrina, también, ha asumido diversas posiciones sobre estas dos categorías de tutelas constitucionales. Está la corriente doctrinal<sup>42</sup> que, en sintonía con la posición de la

---

de 17 de julio de 1986, Sala Primera, (RTC 1986/104), se establece que el derecho a la libertad de expresión (art. 20 de la CE) no solo es un derecho fundamental, sino que implica el reconocimiento y la garantía de la institución política fundamental de la opinión pública libre; en la STC núm. 163 de 17 de diciembre de 1986, Sala Primera, (RTC 1986/163) y en la STC núm. 22 de 18 de febrero de 1988, (RTC 1988/22), para corroborar si se ha vulnerado el derecho fundamental subjetivo a no ser condenado sin acusación y el de presunción de inocencia, ambos contenidos en el art. 24.2 de la CE de 1978, es necesario examinar, además, su aspecto objetivo, en concreto, si, respectivamente, se cumplieron las garantías procesales para hacer constar la existencia de una acusación formulada en algún momento y realizar una prueba de alcoholemia; STC núm. 137 de 17 de octubre de 1985, (RTC 1985/137), se aclara que para la efectividad del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE de 1978) no es suficiente su reconocimiento como derecho subjetivo, sino que, también, es relevante su aspecto objetivo, que en este caso tiene que ver con la existencia de una autorización del juez para que el Recaudador pueda acceder al domicilio de la persona deudora; BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>, «La Distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional en la Constitución Española», *op. cit.*, págs. 160 - 161 y 174 - 177; DIEZ - PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, págs. 60, 63 - 64.

<sup>41</sup> STC (Pleno), núm. 11 de 8 de abril de 1981, *supra.*, Voto particular formulado por el Magistrado Don Francisco Rubio Llorente, al que se adhirió el Magistrado Don Eugenio Díaz Eimil. Expresiones similares realizó el Magistrado Luis Díez Picazo en el Voto particular que escribió en contra de esta misma sentencia. En concreto, este expresó: «...debo dejar en claro que, a mi juicio, los derechos fundamentales suponen siempre “garantías institucionales”, si bien, como es lógico, no las agotan. [...] Creo que no es decisivo como criterio para llegar a una solución en este punto el de la “ubicación de la norma”, como la propia Sentencia reconoce. [...] Asimismo, cabe afirmar que dentro del capítulo de los derechos fundamentales y las libertades públicas pueden encontrarse reglas que no encajan en la idea de derecho fundamental y otras donde la remisión a la ley posee unos contornos distintos del deber de respeto del contenido esencial del art. 53.1. Por vía de ejemplo, y sin agotar la entresaca, podría citar el art. 16.3, el 20.3 o el 24.2 en su párrafo final».

<sup>42</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «El Régimen Constitucional de los Derechos Fundamentales», *op. cit.*, págs. 75 - 77 y 83 - 87; DE OTTO Y PARDO, I., «Parte II: La Regulación del Ejercicio de los Derechos y Libertades. La Garantía de su Contenido Esencial en el Artículo 53.1 de la Constitución», en *Derechos Fundamentales y Constitución*, (dirs.) M. A. Olea, M. Cortés, L. Díez Picazo, J. García Añoveros, E. García de Enterría, J. González Pérez, A. Menéndez, G. Rodríguez Mourullo y R. Uría, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición,



jurisprudencia constitucional, considera que el núcleo de demarcación de los derechos fundamentales se encuentra en la primera sección, capítulo segundo, título primero, de la CE de 1978, pero que de este grupo solo se pueden denominar como tales a aquellos preceptos que reconocen un derecho o libertad que le brindan al individuo un poder de reacción oponible contra el Estado. Concepción clásica que entiende los derechos fundamentales, únicamente, como derechos subjetivos y a las restantes normas, incluyendo a las garantías institucionales, como meramente su complemento. Enfoque que les lleva a excluir a las garantías institucionales porque estrictamente no responden al esquema de derecho subjetivo, sino, más bien, a la organización o institución que se desea proteger. Aseguramiento que aunque limita la injerencia del legislador, en la medida que este no puede desconocer la existencia de la institución, no la excluye como consideran que sí ocurre con los derechos fundamentales de libertad.

De manera que mientras el contenido o definición simple y abstracta de los derechos fundamentales está prefigurado en la Constitución, lo que garantiza que los derechos y libertades se construyan como poderes concretos y complejos y que el poder legislativo solo pueda limitarlos cuando así lo requieran otros derechos fundamentales, en la garantía institucional solo se constitucionaliza la institución, definiéndola de forma imprecisa, sin que se predetermine su contenido ni, por ende, se garantice su específica configuración, razón por la que se entiende que el legislador tendrá mayor libertad para configurarlo, sin que al hacerlo pueda hacer desaparecer la misma. De ahí que se piense que a las garantías institucionales no les resulta aplicable la garantía del contenido esencial del art. 53.1 de la CE ni el resto de los componentes del régimen constitucional de los derechos fundamentales, comprendidos en su sentido estricto. Mediante esta concepción, el derecho a la herencia seguiría concibiéndose como una garantía institucional.

Otra perspectiva doctrinal sugiere que todas las instituciones jurídicas que forman parte del Derecho privado y que están protegidas constitucionalmente no son derechos fundamentales sino más bien derechos subjetivos.<sup>43</sup> Partiendo de este enfoque, se entiende

---

Madrid, 1988, págs. 99 - 102. Véase, también, JIMÉNEZ BLANCO, A., «Garantías Institucionales y Derechos Fundamentales en la Constitución», *op. cit.*, págs. 639 – 641, aunque entiende que esta conclusión es producto de una libre interpretación nada despreciable, deja latente la duda de que muy bien algunos preceptos de la sección 1, capítulo II, título I, pudieran realmente ser derechos fundamentales, a pesar de que el TC no los haya clasificado como tales; ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, *op. cit.*, págs. 8 – 9, 11 – 14 y 45 – 48; BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>., «La Distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional...», *op. cit.*, págs. 156 – 157, 158 y 177 – 178; EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., *Sucesión «Mortis Causa» de la Familia Recompuesta (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria)*, Ed. Aranzadi, S. A., 1<sup>a</sup> edición, Navarra, 2015, págs. 29 - 33.

<sup>43</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 43, 44 y nota 24, 48 y 49, «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», *op. cit.*, págs. 404 – 405, *La*

que el derecho constitucional a la herencia, aunque tutelado por la garantía institucional, está dualmente protegido como institución jurídica y como derecho individual o subjetivo. Más concretamente, se considera que la garantía institucional es el aspecto genérico y abstracto de la protección de la herencia y el derecho subjetivo su aspecto concreto y específico. De ahí que se mantengan en continua interacción los mecanismos de determinación de cada una de estas formas de tutela constitucional: (1) el contenido institucional construido mediante la evolución histórica del Derecho de sucesiones y los valores del Estado Social y Democrático de Derecho delineados en la Constitución y (2) la reserva de ley y el contenido esencial de la herencia. Ambos elementos constituirían el límite que el legislador debe respetar al momento de regular el ejercicio de este derecho subjetivo a la sucesión *mortis causa*.

Contrariamente, se ha argumentado que la CE no reconoce ni favorece la distinción entre derechos fundamentales y garantías institucionales. Los derechos fundamentales tienen una dual manifestación. Aunque en gran parte y principalmente son derechos subjetivos, libertades de los individuos ante la acción estatal, tienen una vertiente objetiva en la que están inmersos tanto la garantía de ciertas instituciones u organizaciones, que son las que aseguran su pervivencia, como los mandatos de actuación a los poderes públicos.<sup>44</sup> La configuración real y plena de algunos derechos fundamentales depende no solo de que el legislador cumpla con su función limitadora de asegurar su contenido esencial, sino que,

---

*Disciplina Constitucional de la Propiedad Privada*, op. cit., págs. 46 – 52, aunque relacionada esta última referencia al derecho a la propiedad privada, entendemos que el autor, y así se desvela de sus escritos, ha trasladado la discusión al derecho a la herencia. Véase, además, BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, op. cit., pág. 511.

<sup>44</sup> PÉREZ LUÑO, A. E. y RODRÍGUEZ de QUIÑONES y de TORRES, A., «Artículo 33: Propiedad Privada y Herencia», op. cit., págs. 512 – 516 y 517; BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>, «La Distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional...», op. cit., págs. 155 – 156, 158 – 161, 165, nota 15, 174 – 177, 178 y 179. Véase, además, STC (Pleno), núm. 25 de 14 de julio de 1981, *supra.*; STC (Pleno), núm. 12 de 31 de marzo de 1982, *supra.*; STC núm. 111 de 28 de noviembre de 1984, *supra.*; STC (Pleno), núm. 83 de 24 de julio de 1984, (RTC 1984/83); STC (Pleno) núm. 22 de 2 de julio de 1981, *supra.*; STC núm. 163 de 17 de diciembre de 1986, *supra.*; STC núm. 104 de 17 de julio de 1986, *supra.*; STC núm. 22 de 18 de febrero de 1988, *supra.*; STC (Pleno), núm. 37 de 26 de marzo de 1987, *supra.*; STC núm. 137 de 17 de octubre de 1985, *supra.*; JIMÉNEZ BLANCO, A., «Garantías Institucionales y Derechos Fundamentales en la Constitución», op. cit., pág. 644. Por su parte, CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía Institucional, Dimensión Institucional y Derecho Fundamental: Balance Jurisprudencial», op. cit., pág. 149, 157, 175, 182 y 186 - 187, considera que es dogmáticamente más correcto decir que la norma que enuncia el derecho fundamental, y no el derecho fundamental propiamente enunciado, tiene una doble dimensión: subjetiva y objetiva. Concretamente, este autor expone: «...la distinción entre un elemento objetivo y otro subjetivo no debe predicarse tanto del derecho fundamental, como de la norma que lo enuncia (la norma de derecho fundamental). En toda norma de derecho fundamental (“Todos tienen derecho a la vida”) hay una doble operación jurídica, o si se prefiere, dos normas: la primera, la atribución de un derecho fundamental (dimensión subjetiva de la norma); la segunda, la asignación de una competencia de maximización del derecho fundamental dirigida a los poderes públicos (dimensión objetiva de la norma), con un componente obligatorio (mandatos de mínimos) y un componente facultativo (habilitación de máximos). [...] los derechos fundamentales son sólo (y nada menos) derechos subjetivos “constitucionalizados”, si bien las normas en que se reconocen no agotan su eficacia en ese reconocimiento, esto es, no sólo imponen límites a los poderes públicos (y a los particulares), sino también directrices de actuación».

además, y por virtud del mandato constitucional, desempeñe su función conformadora de hacerlos efectivos y vigentes. A lo que se añade, en el caso de ciertos derechos fundamentales, que para su efectividad, además de su reconocimiento y respeto por parte de los poderes públicos, se requiera que el Estado aplique medidas organizativas o garantías procesales. Esto significa que el legislador podría vulnerar los derechos fundamentales por acción, al sobrepasar el límite de su contenido esencial, u omisión, si no cumple con dotarlos de un contenido propio y actual para su disfrute. De ahí el planteamiento de que son fundamentales todos los derechos incluidos en las secciones 1 y 2 del Capítulo II que forma parte del Título I de la CE de 1978 y que a todos ellos, en general, les resulta aplicable la garantía del contenido esencial, según se dispone expresamente en el art. 53.1 de la CE de 1978. En la medida en que la idea de garantía institucional no es contrastable con la de derecho fundamental, sino solo con la de derecho subjetivo.<sup>45</sup> Perspectiva que implicaría que el reconocimiento constitucional a la herencia debería clasificarse como un derecho fundamental.

---

<sup>45</sup> BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>., «La Distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional...», *op. cit.*, págs. 161 – 164, 165, 170 – 171, 172 y 177. Véase, además, STC núm. 15 de 23 de abril de 1982, Sala Primera, *supra.*, constituye un ejemplo sobre el deber que tiene el legislador de regular los derechos fundamentales, que en este caso se refería al derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2 de la CE de 1978), para mantener su eficacia y total aplicabilidad; STC (Pleno), núm. 24 de 13 de mayo de 1982, (RTC 1982/24), aunque en *obiter dictum*, se expresa que el legislador incurre en inconstitucionalidad por omisión cuando no dicta normas de desarrollo constitucional, a pesar de que la Constitución se lo exige. En cuanto a la doble dimensión de los derechos fundamentales, la institucional y la individual, y a que la relación entre el legislador y los derechos fundamentales tiene un doble carácter: limitarlos y conformarlos, puede consultarse: HÄBERLE, P., *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, (trad.) J. Brage Camazano, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, págs. 71 – 124 y 125 – 216. Por su parte, CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía Institucional, Dimensión Institucional y Derecho Fundamental: Balance Jurisprudencial», *op. cit.*, págs. 149 – 150, 156 – 157, 161, nota 27, 162 – 164 y 181 – 185, aunque coincide con la idea general expuesta en el texto, aclara que la dimensión institucional de los derechos fundamentales, manifestada a través del ejercicio de su optimización por parte de los poderes públicos, no es identificable, a su parecer, con la noción de garantía institucional. La primera «persigue la protección constitucional de determinados objetos (las instituciones) frente a su desfiguramiento por los poderes públicos, en particular el legislador». Y la segunda, «...coloca a los poderes públicos, no en la situación de enemigos de los derechos fundamentales, sino de protectores de los mismos: incita (mejor que obliga) a aquéllos (en particular al legislador...), a maximizarlos dentro de lo posible». Es decir, «[l]a garantía institucional es una garantía negativa (un límite), la dimensión institucional, por el contrario, es básicamente una garantía positiva (una directriz de actuación)». De ahí que entienda que dentro de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales no pueda encajar la garantía institucional. Incluso, como crítica, señala que la confusión conceptual ha sido generada por el propio TC que, al incorporar al análisis de los derechos fundamentales su dimensión objetiva, mezcló dos teorías divergentes: la garantía institucional y el enfoque institucional, ambas importadas de Alemania. Además, este autor piensa que los derechos fundamentales no pueden ser a la misma vez garantías institucionales. Es su parecer que aunque los derechos fundamentales y las garantías institucionales no son categorías contrapuestas, en la medida en que el respectivo tipo de protección constitucional tiene la misma función de preservar el objeto frente a la posible acción legislativa de suprimirlo o desnaturalizarlo, tampoco son idénticas, pues considera que en el primero lo protegido son los derechos subjetivos y en el segundo las instituciones. En definitiva, que «[l]os derechos fundamentales no son garantías institucionales, como tampoco son un *totum revolutum* en el que quepan derechos subjetivos y garantías institucionales. Son sólo (y nada menos) derechos subjetivos constitucionalizados. Cosa distinta es que su posición central en el orden jurídico – político traiga consecuencias jurídicas de primer nivel, las propias de su dimensión objetiva o institucional, concepto que no debe confundirse con el de garantía institucional».

De todas las mencionadas opiniones doctrinales y jurisprudenciales, nosotros coincidimos con aquella que sostiene que todos los derechos contenidos en el segundo capítulo del Título I, lo que evidentemente incluye al derecho a la herencia, son fundamentales. Aunque, no todos los preceptos del mencionado capítulo instituyen figuras jurídicas que puedan catalogarse bajo la clásica y estricta perspectiva constitucional de derechos fundamentales subjetivos, por reconocer libertades y derechos de los individuos. Se trata, además, de mandatos legislativos, valores o principios, garantías institucionales y deberes de cada uno de los ciudadanos que integran la sociedad española. Es decir, de derechos fundamentales objetivos porque, substancialmente, son los factores esenciales que pueden encargarse de hacer operativos o de posibilitar el elemento subjetivo o son los que tienen la responsabilidad de garantizar la persistencia de una institución jurídica. Razonamiento que valida el planteamiento de que los derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la herencia, están integrados por dos componentes: (1) el subjetivo y (2) el objetivo.<sup>46</sup>

Es evidente que los constituyentes tuvieron el interés de estructurar un sistema constitucional de derechos fundamentales, hoy día integrado por los cinco capítulos que forman parte del Título I de la vigente CE de 1978. Precisamente, es ese reconocimiento de los derechos fundamentales y sus garantías las que constituyen el contenido material y

---

<sup>46</sup> PÉREZ LUÑO, A. E. y RODRÍGUEZ de QUIÑONES y de TORRES, A., «Artículo 33: Propiedad Privada y Herencia», *op. cit.*, págs. 509 – 513; DE LA CUESTA SAENZ, J. M., «Comentario al Artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: La Propiedad Privada como Derecho Fundamental», en *R.J.N.*, núm. 73, Enero – Marzo 2010, pág. 320, afirma que el carácter de derecho fundamental del derecho a la herencia proviene de la CE, a través de su art. 33, y, además, de la Carta de los Derechos de la Unión Europea de 2000, que mediante su art. 17.1 le concede al propietario la facultad de dejar en herencia sus bienes; BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>., «La Distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional...», *op. cit.*, págs. 158 – 161, 163 - 164 y 174 - 179; CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., «De los Derechos y Deberes Fundamentales», *op. cit.*, págs. 167 y 171 – 173; REY MARTÍNEZ, F., *La Propiedad Privada en la Constitución Española*, Ed. Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, págs. 292 – 295, califica al derecho a la propiedad privada como derecho fundamental con argumentos perfectamente aplicables al contexto del derecho a la herencia; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M<sup>a</sup>., «El Derecho de Sucesiones y las Normas Constitucionales», *op. cit.*, pág. 1152. Véase, además, STC (Pleno), núm. 198 de 6 de noviembre de 2012, *supra.*; STC (Pleno), núm. 37 de 26 de marzo de 1987, *supra.*; STC (Pleno), núm. 25 de 14 de julio de 1981, *supra.*; STC núm. 111 de 28 de noviembre de 1984, *supra.*; STC (Pleno) núm. 22 de 2 de julio de 1981, *supra.*; STC (Pleno), núm. 12 de 31 de marzo de 1982, *supra.*; STC núm. 104 de 17 de julio de 1986, *supra.*; STC núm. 163 de 17 de diciembre de 1986, *supra.*; STC núm. 22 de 18 de febrero de 1988, *supra.*; STC núm. 137 de 17 de octubre de 1985, *supra.* Por su parte, PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, *op. cit.*, págs. 15, 33, 50, relaciona los derechos humanos con los derechos fundamentales, por ser este último uno de los términos que se le atribuye cuando son positivizados a nivel interno, mediante, por ejemplo, las constituciones. Al hacerlo, reconoce que ha cambiado el sentido de los derechos humanos, lo que puede examinarse a través de diversos enfoques. En el plano jurídico, los derechos fundamentales han evolucionado de la noción clásica y exclusiva de los derechos de libertad a una vertiente objetiva – institucional, en la que sucesivamente se ha ido dando «...paso a un *status activae civitatis* y a un *status positivus sociales*, en la medida en que las exigencias económicas y sociales requerían nuevos cauces técnico-jurídicos de positivación». Expresiones coincidentes con su definición de derechos humanos como: «...un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional».

esencial que justifica la existencia de la Constitución. Obsérvese que son los derechos fundamentales los que simbolizan los valores primordiales en los que se fundamentan la democracia constitucional. Máxime cuando la propia Constitución proclama que España es un Estado Social y Democrático de Derecho.<sup>47</sup>

Igualmente, es indiscutible que la división interna del Capítulo II, justificada en la ordenación e interrelación temática de los derechos fundamentales entre sí y respecto a los preceptos de otros capítulos que estructuran el Título I e incluso con los de otras partes de la Constitución, junto con el hecho de que a las dos secciones no les resulta aplicable el mismo régimen jurídico constitucional, son indicativos de que el constituyente quería otorgar mayor trascendencia a los derechos contenidos en su primera sección. Debido a su particular naturaleza u objeto, el constituyente decidió dotar a la primera sección de una fuerte y suficiente protección constitucional, que incide en tres aspectos principales.

Primero, los derechos fundamentales tradicionales reconocidos en la sección 1, y también el art. 14 de la CE de 1978, están especialmente protegidos por el procedimiento de preferencia y sumariedad, que puede ser instado ante los tribunales ordinarios, o, de ser necesario, por el recurso de amparo presentado en el TC, mecanismo que también se extiende a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30 de la CE de 1978. Contrariamente, los restantes derechos contenidos en el Capítulo II serán tutelados, según el art. 53.1 y 161.1(a) de la CE de 1978, a través del recurso de inconstitucionalidad ante el TC. Segundo, para reformar el contenido de la sección 1, igual que si se tratara de la completa revisión de la Constitución, se debe cumplir con el procedimiento rígido que establece el art. 168 de la CE de 1978, donde se requiere que la propuesta sea aprobada por las dos terceras partes de ambas Cámaras. Tercero, como parte del sistema de producción normativa, los arts. 81.1 y .2 de la CE de 1978 disponen que el desarrollo de los derechos contenidos en la sección 1 solo se pueden regular mediante leyes orgánicas<sup>48</sup>, que para su aprobación, modificación o derogación requieren la mayoría absoluta del Congreso. Incluso, por virtud del art. 82.1 de la CE de 1978, se impide la delegación legislativa de esta materia al Gobierno. En cambio, el desarrollo de los otros derechos del Capítulo II puede regularse a través de ley ordinaria, inferencia que se obtiene del texto del art. 81.1 de la CE de 1978 y del hecho de que en la

---

<sup>47</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., «De los Derechos y Deberes Fundamentales», *op. cit.*, págs. 167 y 168; DIEZ – PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pág. 57.

<sup>48</sup> Véase: PÉREZ LLORCA Y RODRIGO, J. P., del Grupo Parlamentario de la Unión de Centro Democrático, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Núm. 130, de 31 de octubre de 1978, pág. 5201.

Constitución cuando se requiere que sea ley orgánica se dice expresamente y de lo contrario solo se alude a la palabra ley, necesitando solo una mayoría simple del Congreso.

A pesar de lo señalado, coincidimos con la idea de que ni la división interna del capítulo II del Título I, ni las particularidades del régimen jurídico constitucional de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, ni el propio texto constitucional, ni la jurisprudencia del TC validan la existencia de «una relación de jerarquía entre los preceptos constitucionales – ni entre los derechos fundamentales, [...] - y [...] de superioridad en favor de los preceptos de la Sección 1.<sup>a</sup> – y de los derechos fundamentales en ella comprendidos». La Constitución debe interpretarse como un todo armónico y coherente en el que todos sus preceptos tienen igual rango y que para alcanzar su justificación y razón de ser, de acuerdo al propósito que quisieron otorgarles los constituyentes, estos deben ser interpretados entre sí.<sup>49</sup>

De ahí que la particularidad de la sección 1.<sup>a</sup> de contar con una protección constitucional reforzada, no altere nuestra conclusión de que todos los derechos contenidos en el segundo capítulo son fundamentales.<sup>50</sup> En este capítulo, en mayor o menor medida, sus preceptos reconocen derechos subjetivos, razón por la que la Constitución exige que su ejercicio sea regulado por ley ordinaria<sup>51</sup>, que la acción legislativa se sujete al respeto de su contenido esencial y que vinculen a todos los poderes públicos. Precisamente, esta triple condición que exige el art. 53.1 de la CE de 1978 para con los derechos y libertades incluidos en el Capítulo II es el factor decisivo que los hace ser derechos fundamentales.<sup>52</sup>

Ya no se justifica la distinción entre garantía institucional y derecho fundamental, con relación al bloque de derechos constitucionales contenidos en el capítulo segundo del título

---

<sup>49</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., «De los Derechos y Deberes Fundamentales», *op. cit.*, págs. 170 – 171. Véase, también, STC núm. 206/1992 de 27 de noviembre, RTC 1992/206.

<sup>50</sup> ESCUDERO LÓPEZ, J. A., del Grupo Unión de Centro Democrático, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, Núm. 42, del 23 de agosto de 1978, págs. 1748; PÉREZ LUÑO, A. E. y RODRÍGUEZ de QUIÑONES y de TORRES, A., «Artículo 33: Propiedad Privada y Herencia», *op. cit.*, págs. 511 – 512 (nota 50) y 513, al analizar el hecho de que los constituyentes estimaron que no era necesario que todos los derechos fundamentales estuvieran salvaguardados por el recurso de amparo, comentó que: «[s]e trata, por tanto, de una diferencia “cuantitativa” en las garantías de “determinados derechos y libertades fundamentales”, pero que no se cuestiona la “cualidad” de aquellos otros derechos y libertades también fundamentales que gozan de otros medios de tutela».

<sup>51</sup> Véase: PÉREZ LLORCA Y RODRIGO, J. P., del Grupo Parlamentario de la Unión de Centro Democrático, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Núm. 130, de 31 de octubre de 1978, pág. 5201.

<sup>52</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., «De los Derechos y Deberes Fundamentales», *op. cit.*, págs. 171 – 172. Véase, también, PÉREZ LUÑO, A. E. y RODRÍGUEZ de QUIÑONES y de TORRES, A., «Artículo 33: Propiedad Privada y Herencia», *op. cit.*, pág. 513; DIEZ – PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, págs. 66 – 68.

primero de la CE.<sup>53</sup> Esta diferenciación solo se sostenía en la limitada concepción clásica de los derechos fundamentales entendida como derechos individuales y libertades, es decir, exclusivamente subjetivos. Derechos estos, garantizados por su propia naturaleza y no por la ley. En contraste con las garantías institucionales, cuyo contenido, por no garantizar ese ámbito originario de libertades, requiere de la acción legislativa controlada por el límite del respeto a la existencia de la institución consagrada constitucionalmente. Al perder sentido esta contraposición, la única finalidad de la garantía institucional es evidenciar que la Constitución no solo reconoce derechos subjetivos, sino que, además, asegura la continuidad de ciertas instituciones.<sup>54</sup>

La Ley Fundamental Bonn de 1949 de Alemania constituyó el hecho histórico que desveló la concepción amplia del derecho fundamental, al mezclar los derechos subjetivos y las garantías institucionales. Fue la circunstancia que provocó que se volviera difusa la

---

<sup>53</sup> Debe reconocerse, no obstante, que pueden existir garantías institucionales, como así también derechos subjetivos, que no estén configuradas como derecho fundamental. Como sucede, por ejemplo, en el caso de la garantía institucional a la autonomía local (arts. 137 y 141 de la CE de 1978). Precisamente, ante esta institución, el TC definió y estableció el contenido de la garantía institucional de forma muy parecida a los parámetros de protección constitucional que se exigen para la garantía del contenido esencial del art. 53.1 de la CE de 1978 que resulta aplicable a los derechos fundamentales. En concreto, este máximo tribunal estableció: «Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace». STC (Pleno), núm. 32 de 28 de julio de 1981, *supra*. Véase, también, STC (Pleno), núm. 198 de 6 de noviembre de 2012, *supra*; STC (Pleno), núm. 240 de 20 de julio de 2006, (RTC 2006/240); STC (Pleno), núm. 26 de 27 de febrero de 1987, *supra*; BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>, «La Distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional...», *op. cit.*, págs. 171 y 179; CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía Institucional, Dimensión Institucional y Derecho Fundamental: Balance Jurisprudencial», *op. cit.*, págs. 150 – 151, nota 3 y 156 - 157. Algunos otros preceptos constitucionales que, sin ser derechos fundamentales, han sido clasificados por el TC como garantías institucionales son: el art. 149.1.8 sobre el régimen foral; los arts. 39.1 y 41, que son principios rectores de política económica y social, respectivamente, sobre la protección del instituto de la familia y la seguridad social; la Disposición Adicional Tercera sobre el régimen económico y fiscal de Canarias. [STC (Pleno), núm. 213 de 21 de julio de 2005, (RTC 2005/213); STC (Pleno), núm. 109 de 30 de junio de 2004, (RTC 2004/109); STC (Pleno), núm. 16 de 30 de enero de 2003, (RTC 2003/16); STC (Pleno), núm. 62 de 27 de marzo de 2003, (RTC 2003/62); STC núm. 203 de 24 de julio de 2000, Sala Primera, (RTC 2000/203); STC (Pleno), núm. 37 de 10 de febrero de 1994, (RTC 1994/37); STC (Pleno), núm. 76 de 26 de abril de 1988, (RTC 1988/76); CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía Institucional, Dimensión Institucional y Derecho Fundamental: Balance Jurisprudencial», *op. cit.*, págs. 151 - 152 y notas 5 – 9].

<sup>54</sup> Para mayores detalles sobre el sentido del concepto garantía institucional y su originaria y necesaria diferenciación con los derechos fundamentales, consulte la nota 24.

distinción entre derecho fundamental y garantía institucional, al ubicar a los primeros, también, como límite y medida del legislador. Este suceso, que, igualmente, se materializó en la CE de 1978, a través de su art. 53.1 y la nueva concepción constitucionalista del valor de la Constitución como norma, fue medular en este cambio de enfoque. Al tener primacía la Constitución, toda institución o derecho que esta contuviera estaría garantizado frente al legislador, a menos que la norma suprema le otorgara una amplia libertad para regularlo.<sup>55</sup> Circunstancias que, unidas al hecho de que en España el Estado evolucionó de uno Liberal a uno Democrático y Social, han propiciado el desarrollo de una concepción moderna de los derechos fundamentales, calificativo en el que se sintetizan tanto las garantías individuales propias de los derechos subjetivos como las exigencias implícitas de los derechos económicos y sociales, dentro de los cuales, en lo pertinente, se encuentra el derecho a la herencia.<sup>56</sup> Más concretamente, «[l]o individual, lo social y lo institucional están de tal

---

<sup>55</sup> Se ha llegado a afirmar, incluso, que el hecho de que el TC haya definido en términos similares el contenido esencial de los derechos fundamentales, ubicados en las secciones 1 y 2 del capítulo II del título I de la CE, y el núcleo esencial de aquella garantía institucional que no puede clasificarse como tal, al no estar dentro de este bloque de derechos constitucionales, constituye otro ejemplo de que ha perdido vigencia la diferenciación, dentro de los derechos fundamentales, entre derecho subjetivo y garantía institucional, originada por Carl Schmitt. Se piensa que ambas definiciones conceptuales son abstractas y persiguen el doble objetivo de imponerle, por un lado, al legislador un límite que no podrá sobrepasar y, por otro lado, establecer que la Constitución es ley suprema dentro del ordenamiento jurídico. (BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>, «La Distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional...», *op. cit.*, págs. 168 - 170. Véase, además, JIMÉNEZ BLANCO, A., «Garantías Institucionales y Derechos Fundamentales en la Constitución», *op. cit.*, págs. 644 - 645. Para constatar lo señalado, puede verse, por ejemplo, la STC (Pleno), núm. 11 de 8 de abril de 1981, *supra* y la STC (Pleno), núm. 112 de 5 de abril de 2006, *supra*, respectivamente, sobre el contenido esencial del derecho a la huelga (art. 28.2 de la CE de 1978) y el derecho a la propiedad (art. 33 de la CE de 1978); STC (Pleno), núm. 32 de 28 de julio de 1981, *supra*, sobre el núcleo esencial de la garantía institucional a la autonomía local). También, sería válido argumentar que el acto del TC de establecer una definición para las garantías institucionales que no son derechos fundamentales, puede servir para justificar que aquellas que están ubicadas en las secciones 1 y 2 del capítulo segundo, título primero, de la Constitución serán derechos fundamentales, en su dimensión objetiva, y, por tanto, en términos generales, les aplicará la garantía del contenido esencial del art. 53.1 de la CE de 1978. Igualmente, para analizar los derechos constitucionales contenidos en las secciones 1 y 2 del Capítulo II del Título I de la CE, no se sostiene la distinción entre derecho fundamental y garantía institucional, por un lado, porque en la STC (Pleno), núm. 26 de 27 de febrero de 1987, *supra*, se afirmó que no existe una diferencia sustancial entre lo que la Ley suprema protege con la garantía institucional y lo que se salvaguarda en el caso de un derecho fundamental. Mientras, por otro lado, y al resolver una controversia sobre si la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid era contraria al derecho constitucional de fundación (art. 34 de la CE de 1978), en la STC (Pleno), núm. 341 de 21 de diciembre de 2005, (RTC 2005/341) se utilizaron expresiones acordes tanto con la definición de garantía institucional como con la de garantía del contenido esencial (art. 53.1 de la CE de 1978). Específicamente, el TC expresó que a través del art. 34 de la CE de 1978 se preservaba una institución cuya «imagen reconocible» no se afectaba por el art. 27. 2 del mencionado estatuto. A la vez que sugirió que el «contenido esencial» del derecho de fundación coincidía con la «imagen reconocible» de la institución de la fundación. Véase, también, CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía Institucional, Dimensión Institucional y Derecho Fundamental: Balance Jurisprudencial», *op. cit.*, pág. 157.

<sup>56</sup> El TC ha catalogado como derechos económicos y sociales al derecho de propiedad por tener un contenido patrimonial, justificación que puede hacerse extensiva al derecho a la herencia, ambos derechos ubicados en el art. 33 de la sección II, capítulo II, del título I, de la CE de 1978. Dentro de esta clasificación, también, se ha incluido al derecho de libertad sindical, art. 28 de la CE de 1978, que es un derecho fundamental de carácter incuestionable que estructuralmente se encuentra en la sección I, capítulo II, del título I de la CE de 1978. Tal acción ha permitido inferir que para el TC los derechos económicos y sociales no son una denominación



forma imbricados en los derechos fundamentales, que cualquier versión monolítica termina siendo siempre parcial». Y este no es «defecto» que se le puede imputar a la Constitución de España.<sup>57</sup>

De ahí que consideremos que el reconocimiento constitucional a la herencia debe concebirse como un derecho fundamental, orientado mayormente a su vertiente objetiva, colectiva o procedimental, puesto que su principal finalidad es garantizar la existencia y continuidad de esta institución jurídica frente al legislador. Asumimos este criterio no solo por todo lo previamente argumentado, sino, además, al analizar esta problemática desde tres enfoques principales: (1) el lingüístico, (2) el estructural y (3) el relacionado con la naturaleza jurídica de la institución, que se discutirá en la próxima sección.

Se ha argumentado, a nuestro parecer correctamente, que la forma en que los constituyentes expresaron su reconocimiento constitucional a la herencia, en referencia al uso de la frase «derecho a la herencia», en vez de «derecho de herencia», es indicativa de que se trata de un derecho fundamental, en su dimensión principalmente institucional, que debe hacerse asequible a todas las personas.<sup>58</sup> Con ciertos matices diferenciadores, se ha opinado que el lenguaje constitucional justifica que a la herencia se le niegue la significación de derecho fundamental y se le clasifique, más bien, como una garantía institucional dirigida a proteger la existencia y permanencia de la institución de Derecho de sucesiones. Al entender la noción de derechos fundamentales, únicamente, bajo la clásica concepción de las libertades individuales o derechos subjetivos. Fundamentan su criterio en que la segunda manera de expresión, sugiere un supuesto de hecho en el que actualmente se tiene poder y control sobre bienes específicos, motivo por el que se la conceptúa como un derecho fundamental subjetivo. Mientras, la primera frase solo es indicativa de la posibilidad jurídica que tiene cualquier persona de convertirse en propietario de bienes, de ahí que se le visualice como una garantía institucional.<sup>59</sup> Argumentación que, aunque por sí sola pudiera resultar poco persuasiva, nos parece que no deja de ser lógica, si se toma en consideración que uno de

---

alternativa a los derechos fundamentales, sino, más bien una modalidad dentro de esta clasificación mayor. STC núm. 18 de 7 de febrero de 1984, Sala Primera, (RTC 1984/18). Véase, además, PÉREZ LUÑO, A. E. y RODRÍGUEZ de QUIÑONES y de TORRES, A., «Artículo 33: Propiedad Privada y Herencia», *op. cit.*, págs. 511, nota 50, 513 y 526 – 527.

<sup>57</sup> BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>, «La Distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional...», *op. cit.*, pág. 178.

<sup>58</sup> PÉREZ LUÑO, A. E. y RODRÍGUEZ de QUIÑONES y de TORRES, A., «Artículo 33: Propiedad Privada y Herencia», *op. cit.*, págs. 515 – 516. Aunque hay quien pudiera también sostener que la redacción actual de la expresión «derecho a la herencia» no tiene que ver con otra cosa, más que con el deseo de que la CE de 1978 esté escrita correctamente. Al entenderse que en castellano la frase «derecho de herencia» suena incorrecto.

<sup>59</sup> ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, *op. cit.*, págs. 8 – 9 y 45 - 48.

los usos lingüísticos de la preposición de es para «denotar posesión o pertenencia», y que, incluso, podría ser válida para cualquiera de las dos perspectivas que, a pesar de que difieren en el alcance que le confieren al concepto de derecho fundamental, los primeros con un enfoque amplio e inclusivo y los segundos con uno más restrictivo y tradicional, coinciden en que el derecho constitucional a la herencia protege, esencialmente, su dimensión como institución.<sup>60</sup>

En cuanto al aspecto estructural, es indiscutible que los constituyentes siempre visualizaron el derecho a la herencia como un derecho fundamental. No obstante, dentro de esta amplia clasificación, entendieron que en la esencia del mismo predominaba más su vertiente colectiva que la individual o subjetiva. Lo comentado puede evidenciarse, claramente, si se examina, en cuanto a los aspectos pertinentes, el proceso de elaboración y aprobación de la CE e 1978. Esta tarea que pasamos a tratar, a continuación, es importante porque solo mediante el estudio de los acuerdos, de los textos redactados originalmente por los integrantes de la Comisión Constitucional que tuvieron el arduo encargo de redactar el Anteproyecto de Constitución, de las enmiendas presentadas y, en fin, del proceso deliberativo en general, es como se puede alcanzar la razón y justificación de los artículos constitucionales.<sup>61</sup>

Cuando la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, posteriormente denominada Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas<sup>62</sup>, elaboró el Anteproyecto de Constitución, como parte de su estructura se incluyó un Título II «De los Derechos y Deberes Fundamentales» en cuyo Capítulo II «De las Libertades Públicas» se ubicaban todos los derechos que se entendían fundamentales. En dicho grupo fue incluido el

---

<sup>60</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, [del.rae.es/?id=BtDkacLjBtFYznp](http://del.rae.es/?id=BtDkacLjBtFYznp), última consulta el 13 de octubre de 2017. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La Disciplina Constitucional de la Propiedad Privada*, *op. cit.*, págs. 46 – 52, «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», *op. cit.*, págs. 410 – 413, opina que la sustitución de la preposición de por a, más el artículo la, no hubiera variado nada. Igualmente, la herencia no tendría carácter de derecho fundamental.

<sup>61</sup> SERRANO ALBERCA, J. M., «Minutas y Actas de la Ponencia Constitucional», *op. cit.*, pág. 252.

<sup>62</sup> La Comisión se constituyó el 1 de agosto de 1977, fecha en que también se seleccionó a la ponencia constitucional que tendría la responsabilidad de redactar el Anteproyecto de Constitución. Dicha ponencia estaba integrada por los siguientes ponentes: (a) Jordi Solé Tura, del Grupo Comunista, (b) Miguel Roca Junyent, de la Minoría Catalana, (c) José Pedro Pérez Llorca y Rodrigo, de Unión de Centro Democrático, (d) Gregorio Peces Barba, del Grupo Socialista, (e) Miguel Herrero Rodríguez de Miñón, de Unión de Centro Democrático, (f) Manuel Fraga Iribarne, de Alianza Popular, y (g) Gabriel Cisneros Laborda, de Unión de Centro Democrático. Apoyando como letrados estuvieron: Fernando Garrido Falla, Francisco Rubio Llorente y José Manuel Serrano Alberca. Véase: SERRANO ALBERCA, J. M., «Minutas y Actas de la Ponencia Constitucional», *op. cit.*, pág. 251; AGUIAR DE LUQUE, L. y BLANCO CANALES, R., *Constitución Española 1978 – 1988*, Tomo III, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pág. 3; GARRIDO FALLA, F., «La Elaboración de la Constitución Española: Recuerdos Personales», en *A.R.A.C.M.P.*, núm. 75, Marzo 1998, págs. 265 y 266; BOC Núm. 82 de 17 de abril de 1978, *supra.*, págs. 1519 - 1520.

derecho a la herencia, que se numeró como el art. 29.<sup>63</sup> Al entender que todos estos derechos eran fundamentales, en el art. 45.2<sup>64</sup> del Capítulo IV del mismo título, llamado Garantías de los Derechos Fundamentales, se estableció que todo ciudadano podría exigir la tutela de los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título II ante los Tribunales ordinarios, mediante «...un procedimiento basado en los principios de preferencia o sumariedad...», o el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo. Tal posibilidad se ratificaba en el Título IX «Del Tribunal Constitucional» cuando al enumerar las materias en que este máximo tribunal era competente se mencionaba, en el art. 152.1(b)<sup>65</sup>, el recurso de amparo que se presente por causa de la violación de alguno de los derechos establecidos en el segundo capítulo del Título II. Según el art. 153.1 (b)<sup>66</sup>, este recurso extraordinario podía ser instado por cualquier persona porque para el constituyente el contenido de los derechos establecidos en el segundo capítulo del Título II, en mayor o menor grado, era subjetivo. Como parte de este reforzado régimen jurídico, se dispuso, en los arts. 72(a) y 73(1), que el desarrollo de los derechos y deberes contenidos en el Título II solo se podía regular a través de ley orgánica. En cambio, en el art. 45.1<sup>67</sup>, su ejercicio se reservaba para la ley ordinaria, con el énfasis de que el

---

<sup>63</sup> Incluso, desde los debates de la Comisión Constitucional se entendió que el derecho a la herencia era fundamental, razón por la cual se le ubicó en el Título II, que era la parte dogmática de la Constitución, aunque numerado como art. 33. SERRANO ALBERCA, J. M., «Minutas y Actas de la Ponencia Constitucional», *op. cit.*, págs. 263, 271 y 273.

<sup>64</sup> En términos generales, el contenido de este precepto aparecía desglosado en el art. 43 que surgió producto de los debates de la Comisión Constitucional. En específico, en su apartado 1 se disponía que: «[l]os derechos y libertades establecidos en este Título [en clara referencia al segundo porque todavía no se daba la especificación por capítulos,] vinculan a todos los Poderes Públicos y cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios[clarificación que es importante porque evidencia que todos los derechos se concebían como fundamentales debido a que en su contenido de alguna manera estaba presente el elemento subjetivo,] por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad». Mientras, en el segundo apartado «[s]e establece un recurso extraordinario de amparo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales». Es importante puntualizar que en este artículo no se permitía la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales a través de ley ordinaria, razón por la cual se hacía innecesario la imposición al legislador de respetar el contenido esencial de los derechos subjetivos que integraban los derechos fundamentales del Título II. Como eventualmente se permitió, dicha aclaración resultaba necesaria. De la lectura integral de los arts. 73.1(a) y 74, según el texto producido por los debates de la ponencia constitucional, se puede deducir que el desarrollo, que ampliamente concebido incluiría también su ejercicio, de los derechos y deberes del Título II solo se podría realizar mediante ley orgánica, que requería, y aún requiere, la mayoría absoluta del Congreso. SERRANO ALBERCA, J. M., *op. cit.*, págs. 278 y 291 - 292.

<sup>65</sup> En las deliberaciones de la Comisión Constitucional, el contenido de este artículo se ubicaba en el 132(c) con la diferencia de que se refería a los derechos establecidos en el Título II porque todavía no se había dado su división, primero en capítulos y luego en capítulos y secciones. SERRANO ALBERCA, J. M., *op. cit.*, pág. 321.

<sup>66</sup> En el proceso de deliberaciones de la Comisión Constitucional este artículo tenía el mismo contenido, aunque con diferente estructura, y se numeraba como 133.2. SERRANO ALBERCA, J. M., *op. cit.*, pág. 321.

<sup>67</sup> El origen de este precepto es una porción del apartado 1 del art. 43 que se elaboró como resultado de los debates de la Comisión Constitucional. En específico, aquella que establece la vinculación de todos los poderes públicos respecto a los derechos fundamentales. SERRANO ALBERCA, J. M., *op. cit.*, pág. 278.

legislador debía respetar y no vulnerar el contenido esencial de los derechos y libertades del capítulo dos del Título II.<sup>68</sup>

Esta realidad estructural fue posteriormente modificada como resultado de las enmiendas, 3,100 en 779 escritos, al Anteproyecto de Constitución.<sup>69</sup> En concreto, fue la Enmienda 779 presentada por el Grupo Unión de Centro Democrático (UCD)<sup>70</sup> la que provocó la reestructuración de la organización de la Constitución. En lo pertinente, mediante esta enmienda se recomendó una nueva sistematización del Título II, donde el Título I «Principios Generales» del Anteproyecto se convirtiera en Título Preliminar y el Título II pasara a ser el Título I, de manera que los derechos fundamentales incluidos en su capítulo II fueran distribuidos entre este, manteniendo su denominación «De las Libertades Públicas», y un tercer capítulo llamado «De los derechos y deberes de los ciudadanos». Incluso, el Grupo de UCD reagrupó los derechos según entendía debían estar ubicados en los respectivos capítulos recomendados. Como parte de esta reagrupación, se sugirió incluir el derecho a la herencia en el tercer capítulo.<sup>71</sup> Mediante esta enmienda, también, se recomendó modificar el art. 45 para establecer la distinción de que las libertades públicas del capítulo II estarían tuteladas por el recurso de amparo, mientras, los derechos contenidos en el capítulo III se

---

<sup>68</sup> BOC Núm. 44 de 5 de enero de 1978, *supra.*, págs. 671 – 675, 676, 681 y 696.

<sup>69</sup> BOC Núm. 82 de 17 de abril de 1978, *supra.*, pág. 1520. Para conocer sobre el proceso de elaboración y aprobación de la Constitución de España de 1978, puede consultar: AGUIAR DE LUQUE, L. y BLANCO CANALES, R., Constitución Española 1978 – 1988, Tomo III, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1988, págs. 3 – 5; [www.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/](http://www.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/), última consulta el 17 de diciembre de 2016.

<sup>70</sup> Originalmente era una coalición, formada en mayo de 1977 durante el período de transición de la dictadura de Francisco Franco Bahamonde, que integraba diversas organizaciones políticas, tales como: (1) Partido Demócrata Cristiano, (2) Partido Popular, (3) Partido Demócrata Popular, (4) Partido Social Demócrata, (5) Federación Demócrata Liberal, entre otros. El 4 de agosto de 1977 se convirtió en un partido político, aunque realmente fue inscrito como tal el 12 de agosto de 1977. Este partido gobernó en España desde 1977 hasta 1982. Adolfo Suárez González fue el líder tanto de la coalición como del partido. (Para mayor detalle sobre este asunto, puede revisarse: Ministerio del Interior de España, «Partidos Políticos que Integraron Unión de Centro Democrático», [www.mpr.gob.es/servicios2/publicaciones/vol35/pag\\_13.html](http://www.mpr.gob.es/servicios2/publicaciones/vol35/pag_13.html), última consulta el 12 de febrero de 2017; Periódico El País, «UCD se Constituye como Partido Político», 5 de agosto de 1977, [elpais.com/diario/1977/08/05/portada/239580003\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1977/08/05/portada/239580003_850215.html), consultado en Internet el 12 de febrero de 2017; Ministerio del Interior de España, «Partidos Políticos Inscritos en Expresión de la Fecha de Inscripción», [www.mpr.gob.es/servicios2/publicaciones/vol35/pag\\_13.html](http://www.mpr.gob.es/servicios2/publicaciones/vol35/pag_13.html), última consulta el 12 de febrero de 2017; Periódico El País, «Última Fase de la Disolución de UCD: Hechos Principales en la Historia de UCD», 19 de febrero de 1983, [elpais.com/diario/1983/02/19/espana/414457218\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1983/02/19/espana/414457218_850215.html), consultado en Internet el 12 de febrero de 2017; Gran Enciclopedia Aragonesa, «Unión de Centro Democrático (UCD)», 23 de diciembre de 2011, [www.encyclopedia-aragonesa.com/voz.asp?voz\\_id=12520](http://www.encyclopedia-aragonesa.com/voz.asp?voz_id=12520), última consulta el 12 de febrero de 2017).

<sup>71</sup> Sobre este asunto, el Grupo Socialista del Congreso presentó la enmienda 332 para solicitar la modificación del orden de los derechos fundamentales ubicados en el Capítulo II del Título II, de forma que fueran agrupados de acuerdo a la materia tratada en cada artículo. Enmiendas al Anteproyecto de Constitución, pág. 156, [www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf), última consulta el 17 de diciembre de 2016.

protegerían a través del recurso de inconstitucionalidad. Asunto que también se recomendó adecuar en el art. 152.1(b) relacionado con las competencias del TC.<sup>72</sup>

La Ponencia que tuvo la responsabilidad de estudiar y analizar cada una de las enmiendas al Anteproyecto de Constitución consideró todas las recomendaciones y, entre otras cosas, determinó: (1) convertir el Título I en Título Preliminar; (2) reenumerar el Título II «De los Derechos y Deberes Fundamentales» como Título I; (3) denominar el Capítulo II como «De los Derechos y Libertades»; (4) subdividir el Capítulo II en dos secciones, la primera nombrada como «De las Libertades Públicas» y la segunda llamada «De los Derechos y Deberes de los Ciudadanos»; (5) cambiar la denominación del Capítulo IV de «Garantías de los Derechos Fundamentales» a «De las Garantías de las Libertades y Derechos Fundamentales»; (6) reenumerar el art. 45 como el 48, adecuando su redacción a la nueva sistemática de la Constitución, pero manteniendo en su primer apartado la aplicación de la garantía del contenido esencial a todos los derechos fundamentales contenidos en el Capítulo II, Secciones 1 y 2, del actual Título I, la regulación de su ejercicio a través de ley ordinaria y la vinculación de todos los poderes públicos en cuanto a estos<sup>73</sup>; (7) limitar, en el numerado como art. 48.2, el procedimiento de preferencia y sumariedad y el recurso de amparo al derecho de igualdad ante la ley de todos los españoles y a los derechos incluidos en la sección 1 del Capítulo II del Título I, posibilidad esta última que se enfatizaba en los designados como los arts. 155 (b)<sup>74</sup>, entorno a las personas legitimadas para interponerlo, y 154.1(b)<sup>75</sup>, sobre las competencias del TC; (8) eliminar el art. 72 y cambiar la numeración del art. 73.1 a 74, adaptando su texto a la nueva lógica estructural y material de la Constitución<sup>76</sup>, al restringir el uso del mecanismo de la ley orgánica para el desarrollo de los derechos contenidos en la sección 1 del Capítulo II del Título I.<sup>77</sup>

---

<sup>72</sup> Enmiendas al Anteproyecto de Constitución, págs. 364, 365 – 366, 371 – 372 y 381 - 382, *supra*.

<sup>73</sup> De acuerdo al texto sugerido por la Enmienda 389 del Grupo Socialista del Congreso, la 779 de UCD y a parte de la 497 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto. (Véase: Enmiendas al Anteproyecto de Constitución, *supra*, págs. 176, 211 y 371).

<sup>74</sup> Su redacción estuvo influenciada por la Enmienda 578 del Grupo Mixto, la 691 del Sr. Laureano López Rodó, de Alianza Popular, y la 779 de UCD. Antes era el art. 153 (b). (Véase: Enmiendas al Anteproyecto de Constitución, *supra*, págs. 238, 295 y 381).

<sup>75</sup> Su texto se redactó tomando como base la Enmienda 368 del Grupo Socialista del Congreso. Antes era el art. 152.1(b). (Véase: Enmiendas al Anteproyecto de Constitución, *supra*, pág. 169).

<sup>76</sup> Conforme a la redacción propuesta por la enmienda 279 del Grupo Socialista de Cataluña, la 404 del Grupo Socialista del Congreso, ambas, parcialmente, coincidentes con la 779 que presentó UCD. Enmiendas al Anteproyecto de Constitución, *supra*, págs. 137, 180 y 374.

<sup>77</sup> BOC Núm. 82 de 17 de abril de 1978, *supra*, págs. 1521, 1527, 1529, 1549 – 1550, 1564, 1609.

Producto de esta nueva ordenación, el reconocimiento del derecho a la herencia pasó a numerarse como el art. 32 y a ser ubicado en la segunda sección del Capítulo II del Título I, manteniéndose como parte del bloque amplio de derechos fundamentales, pero orientado, principalmente, a su dimensión objetiva, procedimental o institucional.<sup>78</sup> Por lo cual, su desarrollo no podía gestionarse mediante ley orgánica y tampoco ser tutelado mediante un trámite de preferencia y sumariedad ni por el recurso extraordinario de amparo, sino, únicamente, a través del recurso de inconstitucionalidad<sup>79</sup>. Circunstancias todas que permanecieron durante el proceso de elaboración de la Constitución, con la salvedad de alguna variación en la ordenación de los preceptos y en la denominación de algunos capítulos y títulos<sup>80</sup>, y que persistieron hasta su promulgación definitiva y, hoy día, vigente.

### § 3

#### **MECANISMOS PARA SALVAGUARDAR EL DERECHO A LA HERENCIA FRENTE AL LEGISLADOR: ESPECIAL ÉNFASIS EN LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL**

Si bien esta figura jurídica del Derecho civil integra derechos subjetivos, que estarán igualmente protegidos por esta modalidad de tutela, su esencia preponderante es institucional.<sup>81</sup> La finalidad de este derecho fundamental en la vertiente objetiva de garantía

---

<sup>78</sup> BOC Núm. 82 de 17 de abril de 1978, *supra.*, pág. 1541.

<sup>79</sup> Aspecto este último que se clarificó en el Dictamen de la Comisión sobre el Anteproyecto de Constitución. BOC Núm. 121 de 1 de julio de 1978, *supra.*, págs. 2599 y 2620. Véase, además, BOC Núm. 135 de 24 de julio de 1978, *supra.*, págs. 2953 y 2974.

<sup>80</sup> Por ejemplo, a través de la Enmienda 14 de los Progresistas y Socialistas Independientes se propuso cambiar el nombre de la sección 1, del Capítulo II, del Título I, de «De las libertades públicas» a «De los derechos humanos y de las libertades públicas», recomendación que fue acogida por el Senado. Denominación modificada a «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas» por la Comisión Mixta, título que se mantiene en la actual CE de 1978. (Véase: Enmiendas al Proyecto de Constitución que estaba ante la consideración del Senado, [www.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/index.htm](http://www.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/index.htm), pág. 13; BOC Núm. 157 de 6 de octubre de 1978, *supra.*, pág. 3417; BOC Núm. 170 de 28 de octubre de 1978, *supra.*, pág. 3704.

<sup>81</sup> BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>., «La Distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional...», *op. cit.*, págs. 163 – 164, 173; AGUIAR DE LUQUE, L. Y BLANCO CANALES, R., *Constitución Española 1978 – 1988*, Tomo I, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pág. 148; PULIDO QUECEDO, M., *Constitución Española Comentada, con Jurisprudencia Sistematizada y Concordancias*, Ed. Grupo El Derecho y Quantor, S. L., 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2012, págs. 972 y 973; LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 46 – 49, «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», *op. cit.*, págs. 406 – 407. Véase, además, STC (Pleno), núm. 112 de 5 de abril de 2006, *supra.*; la STC (Pleno), núm. 204 de 18 de noviembre de 2004, *supra.*; STC (Pleno), núm. 37 de 26 de marzo de 1987, *supra.*; STC (Pleno), núm. 166 de 19 de diciembre de 1986, (RTC 1986/166); STC (Pleno), núm. 108 de 29 de julio de 1986, (RTC 1986/108); y STC (Pleno), núm. 111 de 2 de diciembre de 1983, (RTC 1983/111). Aunque esta referencia está relacionada con el reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad, consideramos que, por la estrecha relación entre ambas instituciones, a la herencia también le debe resultar extensiva la doble dimensión como institución y como derecho individual o subjetivo, al que en ocasiones se le ha añadido el adjetivo de debilitado.

institucional es impedir que el legislador ordinario desnaturalice o elimine el Derecho de sucesiones.<sup>82</sup> Para cumplir con este objetivo cuenta con dos mecanismos, la reserva de ley<sup>83</sup> y el contenido esencial.<sup>84</sup> Ambas tutelas constitucionales están reguladas en los arts. 53.1 y 33.2 de la CE de 1978. El primero dispone, en lo pertinente, que «Los poderes y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente título[, en referencia al Título I: De los Derechos y Deberes Fundamentales,] vinculan a todos los poderes públicos. **Sólo por ley,**

---

<sup>82</sup> Véase: LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 47 – 49, «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», *op. cit.*, págs. 406 – 407.

<sup>83</sup> El sentido del principio de reserva de ley dispuesto en el art. 53.1 de la CE de 1978 tiene que ver con que solo a través de la ley ordinaria se podrán establecer limitaciones, restricciones o condicionantes al ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre los que, como hemos sostenido, se encuentra el derecho a la herencia. La regulación del ejercicio de esta modalidad de derechos dependerá únicamente de la voluntad de los representantes del pueblo. Sobre este aspecto, y siendo esta la primera función de la reserva legal, no tendrá injerencia el ejecutivo, mediante la contribución normativa de los reglamentos, a menos que haya sido autorizado por el legislador. Autorización legislativa que será excepcional, pues se circunscribirá a los supuestos en que la regulación legal requiera del complemento de la potestad reglamentaria, por cuestiones técnicas o de carácter secundario o auxiliar a la ley o para que se alcancen, de la mejor manera posible, los propósitos de la propia legislación o de la Constitución. Significa que las remisiones o habilitaciones legales a las normas reglamentarias deben excluir la posibilidad de una regulación autónoma y no sujeta a la Ley, porque una actuación contraria implicaría que el legislador ha abdicado a ejercer la facultad de establecer reglas limitativas y se la ha transferido al titular de la potestad reglamentaria, violentándose de esta forma la reserva que en la Constitución se establece a favor suyo. Todo esto para cumplir la segunda función de la reserva legal, que es garantizar seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico que se sustenta únicamente en la Ley y no, propiamente, en el precedente. Véase: STC (Pleno), núm. 112 de 5 de abril de 2006, *supra.*; STC (Pleno), núm. 184 de 23 de octubre de 2003, (RTC 2003/184); STC núm. 70 de 3 de abril de 2002, Sala Primera, (RTC 2002/70); STC núm. 169 de 16 de julio de 2001, (RTC 2001/169); STC (Pleno), núm. 49 de 5 de abril de 1999, (RTC 1999/49); STC (Pleno), núm. 83 de 24 de julio de 1984, *supra.*; MEDINA GUERRERO, M., «La Eficacia Vinculante de los Derechos frente a los Poderes Públicos; En Especial, frente al Legislador», en *Comentarios a la Constitución Española*, (dirs.) M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 1158 – 1172.

<sup>84</sup> El principio general de proporcionalidad es otro instrumento que el TC utiliza para controlar al legislador cuando elabora normas con efectos limitativos de los derechos fundamentales. Su estructura está integrada, a su vez, por los siguientes tres requisitos o reglas: (1) el de adecuación, que exige que la medida restrictiva impuesta al derecho fundamental sea idónea para alcanzar el objetivo constitucionalmente legítimo, por el cual se estableció la misma; (2) el de necesidad, que se encarga de controlar y comprobar que no hubieran habido medidas alternativas menos gravosa y con igual eficacia para la consecución de la finalidad perseguida; y (3) el de proporcionalidad, en estricto sentido, que reclama la existencia de equilibrio entre las desventajas que inevitablemente sufre el titular del derecho fundamental que ha sido limitado por el legislador y los beneficios que tal acto produce en la colectividad, en otras palabras, que no exista un desequilibrio irrazonable, patente o excesivo, entre los perjuicios que se producen debido a la limitación de un derecho fundamental y la finalidad de la norma, sino que de la medida restrictiva se derive mayores beneficios para el interés general que desventajas sobre los bienes o valores en conflicto. Véase: MEDINA GUERRERO, M., «La Eficacia Vinculante de los Derechos frente a los Poderes Públicos; En Especial, frente al Legislador», *ibid.*, págs. 1168 – 1171; STC (Pleno), núm. 161 de 2 de octubre de 1997, (RTC 1997/161); STC (Pleno), núm. 55 de 28 de marzo de 1996, (RTC 1996/55); STC núm. 66 de 8 de mayo de 1995, (RTC 1995/66); STC núm. 50 de 23 de febrero de 1995, Sala Primera, (RTC 1995/50); STC (Pleno), núm. 111 de 25 de marzo de 1993, (RTC 1993/111); STC núm. 85 de 8 de junio de 1992, (RTC 1992/85); STC (Pleno) núm. 66 de 22 de marzo de 1991, (RTC 1991/66); STC (Pleno), núm. 178 de 2 de noviembre de 1989, (RTC 1989/178); STC núm. 6 de 21 de enero de 1988, Sala Primera, (RTC 1988/6); STC (Pleno), núm. 160 de 27 de octubre de 1987, (RTC 1987/160). (Un estudio detallado sobre este instrumento constitucional controlador de la función del legislador, puede verse en: BERNAL PULIDO, C., *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: El Principio de Proporcionalidad como Criterio para Determinar el Contenido de los Derechos Fundamentales Vinculante para el Legislador*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª edición actualizada, Madrid, 2007, págs. 41 - 814).

**que en todo caso deberá respetar su contenido esencial**<sup>85</sup>, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...».<sup>86</sup> Y el segundo alude a que «**La función social de estos derechos**[, refiriéndose al derecho a la propiedad privada y a la herencia,] **delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes**».<sup>87</sup>

Al analizar conjuntamente los arts. 53.1 y 33.2 de la CE de 1978, se ha planteado que la frase «de acuerdo con las leyes» contenida en este último precepto, utilizada en relación con la delimitación del contenido del derecho a la herencia y a la propiedad, por virtud de su respectiva función social, flexibiliza la reserva legal formulada en el primero. Ya que se permite que la Administración, además de la Ley, pueda regular tales derechos, si el legislador recabó su colaboración reglamentaria para completar la regulación legal y, así, obtener la plena efectividad de los mandatos contenidos en la misma. Siempre que no se deslegalice la materia o se trate de regular el contenido de cualquiera de estos derechos, mediante reglamentos independientes o no supeditados a la ley.<sup>88</sup>

En cuanto a la garantía del «contenido esencial», esta ha sido definida por el Tribunal Constitucional<sup>89</sup> desde dos enfoques complementarios. Uno relacionado con la naturaleza jurídica del derecho que se persigue proteger. Específicamente, se refiere a las cualidades o facultades que le hacen reconocible ante la sociedad, las cuales surgen y se configuran en cada momento histórico y tomando como base los valores del Estado Social y Democrático

---

<sup>85</sup> Este tipo de garantía se estableció, inicialmente, en el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn. ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, op. cit., pág. 15; MEDINA GUERRERO, M., «La Eficacia Vinculante de los Derechos frente a los Poderes Públicos; En Especial, frente al Legislador», op. cit., págs. 1167 – 1168.

<sup>86</sup> Énfasis suplido.

<sup>87</sup> Énfasis suplido.

<sup>88</sup> STC (Pleno), núm. 112 de 5 de abril de 2006, *supra.*; STC (Pleno), núm. 37 de 26 de marzo de 1987, *supra.* Véase, además, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M<sup>a</sup>, «Artículo 33», en *Comentarios a la Constitución Española*, M<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER (dirs.), Ed. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 901; PULIDO QUECEDO, M., *Constitución Española Comentada, con Jurisprudencia Sistematizada y Concordancias*, op. cit., pág. 977; ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, op. cit., pág. 15. Sobre el particular, ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978*, op. cit., pág. 290, comenta que por la expresión «de acuerdo con las leyes» contenida en el art. 33.2 de la CE, este precepto debería servir, «si no para sostener que estamos ante una auténtica reserva de Ley, *strictu sensu*, al menos para reducir la avalancha de disposiciones administrativas, de ínfimo rango, sin garantía alguna para los administrados...».

<sup>89</sup> Véase: STC (Pleno), núm. 198 de 6 de noviembre de 2012, *supra.*; STC (Pleno), núm. 112 de 5 de abril de 2006, *supra.*; STC (Pleno), núm. 204 de 18 de noviembre de 2004, *supra.*; ATC (Pleno), núm. 134 de 9 de mayo de 1995, *supra.*; STC (Pleno), núm. 170 de 19 de octubre de 1989, *supra.*; STC (Pleno), núm. 161 de 27 de octubre de 1987, *supra.*; STC (Pleno), núm. 37 de 26 de marzo de 1987, *supra.*; STC (Pleno), núm. 196 de 11 de diciembre de 1987, *supra.*; STC (Pleno), núm. 77 de 27 de junio de 1985, *supra.*; STC (Pleno), núm. 11 de 8 de abril de 1981, *supra.*



de Derecho<sup>90</sup> delineados en la Constitución. Y otro que tiene que ver con los intereses jurídicamente protegibles que le dan sentido y convergen en la médula del contenido del derecho que está tutelado constitucionalmente. De manera que el legislador vulnerará la garantía del contenido esencial de un derecho fundamental, cuando por su inacción no lo mantenga vigente o que a través de su actuación le imponga limitaciones irrazonables que hagan impracticable su ejercicio, lo dificulten excesivamente o le despojen de la necesaria protección. En fin, por desnaturalizarlo.<sup>91</sup>

Para aplicar estos criterios en relación con el derecho a la herencia, de forma que podamos identificar, primero, su contenido general y a partir de este, entonces, definir, su contenido esencial, es preciso valorar el fenómeno sucesorio por sí mismo, pero, además, en

---

<sup>90</sup> Modalidad de Estado que desde el punto de vista de los constituyentes significa aquel gobierno que no solo garantiza la libertad de los ciudadanos sino que la hace viable. Además, es el organismo público que está orientado a la protección del grupo social más desamparado, es decir, a proveer justicia social. Implica, también, una sociedad estructuralmente organizada, donde el poder, que emana de la supremacía de la Constitución, radica en el pueblo. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., del Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático, *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas*, Núm. 59, de 5 de mayo de 1978, págs. 2026 y 2027; ORTÍ BORDÁS, J. M., candidatura independiente de Centro, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas*, Núm. 64, de 11 de mayo de 1978, pág. 2166. (Para adicionales conceptualizaciones sobre el Estado Social y Democrático de Derecho y amplias discusiones y críticas al significado, composición, comprensión y alcance normativo de esta expresión, véase, además, TIerno GALVAN, E., del Grupo Parlamentario Mixto, *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas*, Núm. 59, de 5 de mayo de 1978, pág. 2060; PECES BARBA – MARTÍNEZ, G., del Grupo Parlamentario Socialista, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas*, Núm. 64, de 11 de mayo de 1978, pág. 2170; SÁNCHEZ AGESTA, L., del Grupo Parlamentario Independiente del Senado, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, Núm. 39, de 18 de agosto de 1978, pág. 1569; PÉREZ PUGA, D., del Grupo Unión de Centro Democrático, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, Núm. 39, de 18 de agosto de 1978, pág. 1570; PÉREZ PUGA, D., del Grupo Unión de Centro Democrático, *Diario de Sesiones del Senado*, Núm. 58, de 25 de septiembre de 1978, pág. 2876; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., págs. 237 – 243; ARAGÓN REYES, M., «Artículo 1», en *Comentarios a la Constitución Española*, (dirs.) M<sup>a</sup>. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, (coords.) M. Pérez Manzano e I. Borrajo Iniesta, Ed. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 26 – 36; GARRIDO FALLA, F., «Artículo 1», en *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, S. L., 3ª edición ampliada, Madrid, 2001, págs. 28 – 32; ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978*, op. cit., págs. 73 – 82; GÓNZALEZ RIVAS, J. J., *La Constitución Española de 1978: Estudio Sistemático y Jurisprudencial*, Ed. Civitas, S. L., 1ª edición, Madrid, 2003, págs. 39 – 42. Sobre el particular, examinar, también, la siguiente jurisprudencia que provee concreción a las diversas características de un Estado social y democrático de derecho: STC (Pleno), núm. 10 de 20 de enero de 2005, (RTC 2005/10); STC núm. 55 de 13 de mayo de 1987, Sala Primera, (RTC 1987/55); STC núm. 88 de 19 de julio de 1985, Sala Primera, (RTC 1985/88); STC núm. 18 de 7 de febrero de 1984, *supra.*; STC núm. 23 de 20 de febrero de 1984, Sala Primera, (RTC 1984/23); STC (Pleno), núm. 83 de 24 de julio de 1984, *supra.*; STC núm. 67 de 7 de junio 1984, Sala Primera, (RTC 1984/67); STC núm. 31 de 7 de marzo de 1984, (RTC 1984/31); STC núm. 62 de 11 de julio de 1983, Sala Primera, (RTC 1983/62); STC (Pleno), núm. 10 de 21 de febrero de 1983, (RTC 1983/10); STC núm. 19 de 5 de mayo de 1982, (RTC 1982/19); STC (Pleno), núm. 25 de 14 de julio de 1981, *supra.*; STC (Pleno), núm. 11 de 8 de abril de 1981, *supra.*; STC núm. 6 de 16 de marzo de 1981, (RTC 1981/6); STC (Pleno), núm. 4 de 2 de febrero de 1981, (RTC 1981/4).

<sup>91</sup> Dentro de este renglón, quizás, y aunque no ha sido objeto de alegación, pudiera plantearse la inconstitucionalidad de ciertos impuestos sucesorios tan exagerados que son confiscatorios, como, por ejemplo, los de la Comunidad autónoma Andaluza. A través de estos, podría pensarse que el legislador dificulta el ejercicio del derecho a la herencia.

su vinculación funcional y continuada con otras disciplinas del Derecho civil, como lo son el Derecho de propiedad y el Derecho de familia, que son también instituciones garantizadas constitucionalmente.<sup>92</sup> Es nuestro parecer que en el contenido general del derecho a la herencia, y como se verá más adelante, también, en el esencial, aunque con distintas dimensiones, están inmersos intereses protegidos que están relacionados con ambas disciplinas. De un lado, la posibilidad del propietario de disponer para después de su muerte de su propiedad personal y de aquellas relaciones jurídicas que resulten transmisibles, a pesar de su fallecimiento. Eventualidad que está unida, obviamente, a su facultad de seleccionar al que será su sucesor o los sucesores de su patrimonio hereditario. De otro lado, la posibilidad de heredar, en términos generales, de cualquier persona con capacidad jurídica para suceder y, en especial, de la familia del causante. Estas dos facultades contrapuestas integran el ámbito individual del contenido general del derecho a la herencia, que pasamos a discutir a continuación.<sup>93</sup>

#### **A. Ámbito individual del contenido del derecho a la herencia**

El derecho a la herencia constituye una extensión del derecho de propiedad.<sup>94</sup> Esta afirmación no solo es producto del hecho de que la respectiva ubicación de estos derechos en el art. 33.1 de la CE de 1978 sugiere que se contempla una relación de unidad entre ambos, sino también es resultado, como hemos indicado anteriormente, de la propia naturaleza de ambas instituciones, en la medida en que la herencia es el medio jurídico que permite que la propiedad y otros derechos se transmitan *mortis causa*, y de su conexión histórica, aspecto que según nuestra perspectiva se desvelará más precisamente del estudio de la evolución histórica de la institución jurídica de la legítima y su principio de intangibilidad cualitativa,

---

<sup>92</sup> Véase: LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», *op. cit.*, pág. 435, «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, pág. 51, «Cap. 19: La Garantía Institucional de la Herencia», en *Derecho Civil Constitucional*, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, págs. 464 – 472, esp. las pág. 463.

<sup>93</sup> Precisamente, DE LAMA AYMÁ, A., «Principios de Derecho Sucesorio Europeo: Libertad de Testar y Protección de la Familia», en *R.D.P.*, Marzo – Abril 2016, págs. 67 – 69, 70, 80 – 81, influenciada por su idea de que la construcción de un Derecho sucesorio europeo, inicialmente, debe partir de una armonización de mínimos en la que se identifiquen aquellos principios que resulten comunes a todos los ordenamientos jurídicos, estudió la normativa de sucesiones de diversos países que conforman la Unión europea. Del mismo, resultó que los respectivos derechos sucesorios mantenían la constante de estar integrados por el principio de libertad de testar y el de protección de la familia.

<sup>94</sup> CAMACHO CLAVIJO, S. y DE LAMA AYMÁ, A., «La Sucesión “Mortis Causa” (I)», *op. cit.*, pág. 85; LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», *op. cit.*, pág. 434, *La Disciplina Constitucional de la Propiedad Privada*, *op. cit.*, pág. 30 califica al derecho a la herencia como un apéndice del derecho a la propiedad. Igual calificación le otorga BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, *op. cit.*, págs. 512 y 518.

que se atenderá en el segundo capítulo de este trabajo. Es indiscutible que el Derecho de sucesiones se activa cuando se plantea el problema de que los bienes se quedaron sin titular por razón de su fallecimiento, por lo que este viene a constituir el mecanismo para adquirir el caudal hereditario del causante. En definitiva, que tras la muerte del titular su patrimonio no se extingue sino que se transmite a las personas. Sin embargo, para que esta peculiaridad se materialice es necesario que previo al suceso de la muerte hayan existido bienes o derechos apropiables que fueran adquiridos por el fenecido. De ahí que uno de los intereses protegidos que conforman el ámbito individual del contenido general de la herencia sea la posibilidad del propietario-testador de disponer de sus bienes para después de su muerte.

En términos constitucionales<sup>95</sup> esta apreciación surge tanto del análisis del art. 33.1 de la CE de 1978 como de su art. 10.1, donde se enumeran los valores que constituyen la base y fundamento en que se debe inspirar el desarrollo y ejercicio de los derechos y deberes fundamentales, entre los que, como hemos argumentado, se encuentra el derecho a la herencia, que se ubican en el Título I. Por eso su ubicación en la parte introductoria de dicho Título.<sup>96</sup> Específicamente, nos referimos al principio de libre desarrollo de la personalidad, que significa que cada ser humano puede y debe delinear y desarrollar su proyecto de vida, según sus propios intereses y sin la interferencia del Estado, siempre que con ello no afecte e irrespete los derechos del resto de las personas. Se trata de una genuina cláusula general de libertad que, por su esencia liberal, presupone que está permitido todo lo que no esté prohibido u ordenado en un ordenamiento jurídico. Su virtualidad no solo vincula a los operadores jurídicos, y en específico a los jueces en su función de intérpretes de las leyes,

---

<sup>95</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Autonomía Privada y Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 523, 528 – 529, «El Fundamento Constitucional de la facultad de Disponer para después de la Muerte», en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 7675, Año XXXII, 18 de julio de 2011, págs. 5 y 8, «Una Propuesta de Política del Derecho en Materia de Sucesiones por Causa de Muerte, Segunda Parte: Objetivos de una Reforma del Derecho de Sucesiones», en *Derecho de Sucesiones: Presente y Futuro, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2006, pág. 97. Véase, además, a LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 52 – 53; TORRES GARCÍA, T. F., «Legítima, Legitimarios y Libertad de Testar (Síntesis de un Sistema)», en *Derecho de Sucesiones: Presente y Futuro, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Ed. Universidad de Murcia, 1ª edición, Murcia, 2006, págs. 219 y 220; CAMACHO CLAVIJO, S. y DE LAMA AYMÁ, A., «La Sucesión “Mortis Causa” (I)», *op. cit.*, págs. 86 y 87; BUSTO LAGO, J. M., «Tema IX: Limitaciones Dispositivas del Causante: Legítimas y Reservas», en *Derecho de Sucesiones: Práctica Jurídica*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tecnos (Grupo ANAYA, S. A.), Madrid, 2009, pág. 414.

<sup>96</sup> PÉREZ MIYARES, F. M., del Grupo Unión de Centro Democrático, *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, Núm. 104, de 5 de julio de 1978, pág. 3892. Véase, además, ESCUDERO LÓPEZ, J. A., del Grupo Unión de Centro Democrático, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, Núm. 42, del 23 de agosto de 1978, págs. 1758; BOC núm. 82 de 17 de abril de 1978, *supra.*, pág. 1530; OLLERO GÓMEZ, C., del Grupo Independiente del Senado, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, Núm. 42, de 23 de agosto de 1978, pág. 1737. Coincidiendo con lo expuesto, CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., «De los Derechos y Deberes Fundamentales», *op. cit.*, pág. 171, añade que los arts. 1.1, 9.2 y 10.1 de la CE de 1978 constituyen el “sustrato axiológico” de los derechos fundamentales y de los preceptos constitucionales sobre ellos mismos.

sino, además, a los legisladores, que estarán impedidos de restringir este ámbito genérico de libertad, a menos que puedan justificar su proceder en la consecución de un propósito legítimo, no caprichoso ni desproporcionado, que no puede alcanzarse de otro modo, es decir, en el principio de proporcionalidad.<sup>97</sup>

En el derecho a la herencia la aplicación de este principio se concretiza mediante el ejercicio de la libertad del propietario para disponer de sus bienes transmisibles, patrimoniales o no, aun, después de su muerte. Como derivado de esta concreta libertad genérica, cualquier individuo puede ejercer la autonomía de su voluntad para disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, mediante el uso del instrumento jurídico del testamento. Esta importancia del ejercicio de la autonomía de la voluntad testamentaria se refleja, también, y principalmente, a través de la historia.

Igualmente, el art. 17.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que forma parte del derecho interno de España<sup>98</sup>, valida el criterio de que el

---

<sup>97</sup> DIEZ – PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 71 – 73. La libertad se establece, además, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la CE de 1978) y se enfatiza que los poderes públicos tienen la responsabilidad de establecer las condiciones propicias para garantizársela realmente al individuo y a los grupos (art. 9.2 de la CE de 1978).

<sup>98</sup> Esta Carta de Derechos, cuya versión original fue proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y su revisión fue objeto de proclamación en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, se incorpora al derecho originario a través del art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea del 13 de diciembre del 2007, precepto que hizo patente la eficacia de la misma. Aunque, entró en vigor con la aprobación del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre del 2009. En el caso de España, su efectividad fue antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a través del art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la Capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, (BOE Núm. 184 de 31/7/2008). Tal precepto lee, en lo oportuno, de la siguiente manera: «A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el artículo 8 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el “Diario Oficial de la Unión Europea” de 14 de diciembre de 2007...». [derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm#a17](http://derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm#a17), accedido de internet el 29 de diciembre del 2016. Véase, además, DE LA CUESTA SÁENZ, J. M., «Comentario al Artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: La Propiedad Privada como Derecho Fundamental», op. cit., págs. 308 – 309 y 334 - 335. Dicho proceso fue una reacción coherente, por un lado, con el texto del art. 10.2 de la CE de 1978, que dispone: «[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Mediante este artículo, según se desprende de los documentos que forman parte del trámite parlamentario de la CE, los constituyentes pretendían formular «[...] de cara al futuro, que estas libertades y derechos no podrán regirse exclusivamente por las normas internas del Derecho español, del ordenamiento jurídico, sino que siempre han de respetar y tener presentes, en este campo de la tutela y de la garantía de libertades y derechos, estos acuerdos internacionales sobre derechos humanos». GUTIÉRREZ RUBIO, J., del Grupo Parlamentario Mixto del Senado, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, Núm. 42, del 23 de agosto de 1978, pág. 1745. Véase, además, ESCUDERO LÓPEZ, J. A., del Grupo Unión de Centro Democrático, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, Núm. 42, del 23 de agosto de 1978, págs. 1748-1749. A lo que se añade, por otro lado, que el art. 96.1 de la CE de 1978 establece que: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o

propietario tiene la facultad de disponer libremente de sus bienes tanto para el tiempo en que esté vivo como para después de su muerte. Al respecto, dicho precepto, en lo pertinente aquí, establece: «Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y **a legarlos**».<sup>99</sup> Al interpretar este artículo se puede establecer que se refiere al derecho de adquirir y disponer de los bienes privados en vida y *mortis causa*. Y en lo pertinente, se establece que una de las facultades del propietario es legar sus bienes. Acto que se hace patente cuando una persona le deja a otra alguno de los bienes que conforman su caudal relicto, mediante testamento, en el caso de que se trate de una sucesión testamentaria organizada bajo el Derecho sucesorio común, o a través de otro instrumento como, por ejemplo, el pacto sucesorio, que es más propio en ciertos ordenamientos de sucesiones forales.<sup>100</sup> Por lo que, la palabra legar, en el contexto de esta carta de derechos fundamentales, no se puede limitar a su uso terminológico jurídico ordinario, como asignación *mortis causa* a título particular, sino que al analizarse debe hacerse extensiva, según su efecto práctico, a cualquier modalidad de atribución por causa de muerte.<sup>101</sup>

Otro elemento integrante de ese ámbito individual del contenido general de la herencia es el derecho a suceder de las personas, que histórica y culturalmente, como pensamos se desvelará del segundo capítulo de este escrito, se ha visto y normado en relación con los miembros de la familia del causante. Tiene que ver, concretamente, con la larga tradición

---

suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional».

<sup>99</sup> [derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm#a17](http://derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm#a17), bajado de internet el 29 de diciembre del 2016. (Énfasis suplido). Véase, también, DE LA CUESTA SÁENZ, J. M., «Comentario al Artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: La Propiedad Privada como Derecho Fundamental», *op. cit.*, págs. 310 y 319. En inglés se leería de la siguiente manera: “Everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions”. Official Journal of European Union, C202/389, de 7 de junio de 2016, [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=ES), bajado de internet el 29 de diciembre del 2016.

<sup>100</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, [www.dle.rae.es/?w=legar](http://www.dle.rae.es/?w=legar), última consulta el 1 de diciembre de 2017.

<sup>101</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Cap. 17: Comentario al Artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Derecho Civil Constitucional*, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, pág. 386; DE LA CUESTA SÁENZ, J. M., «Comentario al Artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: La Propiedad Privada como Derecho Fundamental», *op. cit.*, págs. 319 - 320, sugiere que el uso de la expresión legar se debe entender en el sentido amplio de dejar sus bienes en herencia, es decir, de transmitirlos *mortis causa* a título de heredero o de legatario. Añadiendo a su discusión el siguiente elemento hermenéutico importante: «La cuestión no es seguramente problemática, pero puede que no sea ocioso recordar la constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del Derecho comunitario, cuyos textos se publican en todas las lenguas oficiales, que impone que la interpretación se realice teniendo presentes las versiones a todas las lenguas oficiales, según recoge la reciente sentencia Horvath C-328/2007, de 16 de julio de 2009, y las que en ella se citan».

histórica del Derecho de sucesiones en la que se ha mantenido la constante de su interrelación con la materia del Derecho de familia.<sup>102</sup> Tal planteamiento es indicativo de que, además de su conexión con el Derecho de propiedad, según previamente mencionamos, el Derecho a la herencia está vinculado al Derecho de familia. Es decir, los parientes y el cónyuge del fallecido tienen un interés en el patrimonio que quedó vacante con la muerte de su titular. Interés familiar que estará en contraposición con la facultad del causante para disponer *mortis causa* de sus bienes, que es el otro aspecto previamente discutido del ámbito individual del contenido general del derecho a la herencia, y que como se mostrará, aunque con una naturaleza principalmente particular, podría, dependiendo de los sujetos beneficiados, tener ciertos efectos sociales. Además de existir una justificación histórica y social para este razonamiento, podría argumentarse que su lógica constitucional deriva, directamente, del propio art. 33.1 de la CE de 1978, precepto que asimila la cultura jurídica – histórica de la disciplina del Derecho de sucesiones, y, de manera colateral y relacional, de los arts. 39, apartados del 1 al 3, y 50, que forman parte de los principios rectores de la política social y económica, ubicados en el Capítulo III del Título I de la CE.

El primer apartado del art. 39 de CE de 1978, que alude a la protección de la familia en diversas manifestaciones, dispone: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia». Mientras, el tercer apartado de este precepto se concentra en la ayuda que los padres deben brindarles a sus hijos durante el período en que sean menores de edad y «...en los demás casos en que legalmente proceda». Protección integral de los hijos, que de acuerdo al segundo apartado del mencionado artículo, será asegurada, igualmente, por los poderes públicos. Aseguramiento que el art. 50 de la CE de 1978 hace extensivo a las personas de tercera edad y que deberá ser asumido tanto por la familia como por los organismos públicos.

En términos generales, a través de estos preceptos se exige la protección y solidaridad intergeneracional de la familia y, específicamente, la de los hijos o la de aquellos miembros que sean de la tercera edad. Esta exigencia que por sí sola no es directamente aplicable, ya que al provenir de principios o valores y no de derechos fundamentales, su garantía únicamente se puede invocar ante los tribunales<sup>103</sup>, de acuerdo al contenido dispuesto por las

---

<sup>102</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., «Una Conferencia de Don Ramón María Roca Sastre sobre la Necesidad de Diferenciar lo Rural y lo Urbano en el Derecho Sucesorio», en *R.L.J.*, tomo VI, Julio - 1943, pág. 172; PÉREZ RAMOS, C., «Capítulo 6: La Autonomía de la Voluntad en las Sucesiones y la Libertad de Testar», en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*, (coords.) L. Aguilar Ruiz, J. L. Arjona Guajardo-Fajardo y G. Cedeira Bravo De Mansilla, núm. 33, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 108; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>., «La Necesidad de Diferenciar lo Rural y lo Urbano en el Derecho Sucesorio», en *A.A.M.N.*, volumen 1, 1945, págs. 337 – 338.

leyes que los desarrollan, se hace extensiva *post mortem* con la contundencia y garantía del derecho fundamental a la herencia por formar, también, parte de su contenido general y esencial. Es decir, no solo funciona como un valor u objetivo económico y social que se configura como simple directriz dada al legislador, en la medida en que su efectividad está sujeta a la disponibilidad de fondos financieros, sino que se relaciona, además, con el derecho fundamental a la herencia como uno de sus elementos esenciales.<sup>104</sup>

Razonamiento que se valida, además, de una parte, con el hecho de que la exigencia constitucional de protección a la familia se completa y fortalece aún más mediante el art. 35 de la CE de 1978, que constituye un derecho fundamental. En lo pertinente, el texto de esta norma dispone que todo trabajador tiene derecho «...a una remuneración suficiente **para satisfacer sus necesidades y las de su familia...**».<sup>105</sup> De otra parte, en diversos documentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 19 de diciembre de 1966 (art. 23.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 19 de diciembre de 1966 (art. 10.1) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 10 de diciembre de 1948 (art. 16.3), se reconoce a la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad, motivo por el que se requiere que sea protegida. Aunque en la CE de 1978 no se hace referencia expresa a la familia en estos términos, dicho carácter se adhiere a la misma por virtud de su art. 10.2. Precepto mediante el cual se establece que las normas sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas

---

<sup>103</sup> La garantía de los principios de política social y económica, ordinariamente, es establecida por el art. 53.3 de la CE de 1978, cuyo texto establece: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». [Para conocer sobre el significado de estos valores, que, como ha expresado el TC (STC núm. 203 de 24 de julio de 2000, *supra.*; STC núm. 19 de 5 de mayo de 1982, *supra.*), no son «meras normas sin contenido», puede verse: CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., «De los Derechos y Deberes Fundamentales», *op. cit.*, págs. 173 – 174; DIEZ – PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, págs. 68 – 70].

<sup>104</sup> Entendemos que, precisamente, esa asociación o enlace entre los señalados principios y el derecho fundamental a la herencia, que lógicamente se puede dar debido a que todos están ubicados en el Título I de la CE, hace que a estos se les pueda extender la aplicación de la garantía del contenido esencial, dispuesta en el art. 53.1 de la CE de 1978. Circunstancia que sería inviable si tales previsiones constitucionales actuaran de forma autónoma o privativa, es decir, desconectadas de un derecho fundamental. (A modo analógico, véase: STC núm. 105 de 18 de septiembre de 2017, Sala Segunda, (RTC 2017/105); STC núm. 160 de 2 de julio de 2007, Sala Primera, (RTC 2007/160); STC núm. 154 de 22 de mayo de 2006, Sala Primera, (RTC 2006/154); STC núm. 274 de 7 de noviembre de 2005, Sala Primera, (RTC 2005/274); STC núm. 203 de 24 de julio de 2000, *supra.*; STC (Pleno), núm. 45 de 20 de febrero de 1989, (RTC 1989/45); STC núm. 19 de 5 de mayo de 1982, *supra.*; decisiones en las que el TC ha reconocido que principios y derechos fundamentales principalmente objetivos pueden relacionarse o confluir con derechos fundamentales esencialmente subjetivos, a los efectos de que se les pueda hacer extensiva la tutela del recurso de amparo, siempre que la controversia que se suscita en base a los derechos contenidos en el art. 53.2 de la CE de 1978 esté asociada con ellos. Relación directa que se entiende posible, entre otras consideraciones, por el hecho de que tanto los principios como los derechos fundamentales, subjetivos y objetivos, están contenidos en el Título I de la CE.).

<sup>105</sup> Énfasis suplido.

reconocidas por la Constitución deberán interpretarse en consonancia con la mencionada DUDH y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, circunstancia que en el caso del PIDCP y PIDESC ocurrió el 27 de abril de 1977, publicándose en el BOE el 30 de abril de 1977.<sup>106</sup>

Sería un sin sentido que se reconociera la propiedad privada y se negara su transmisión a los familiares del difunto propietario. Más aún, si es la propia Constitución la que exige la protección de la familia. Si los constituyentes, a través del art. 38 de la CE de 1978, decidieron que el país funcionara en base a una economía de mercado, en la que está permitido que cada persona acumule su propio patrimonio, es perfectamente coherente, y socialmente beneficioso y altruista, que se permita al causante dejarle sus ahorros a su cónyuge y a sus parientes para asegurarles una estabilidad económica en el momento de su fallecimiento.<sup>107</sup> Así, el Derecho de sucesiones, anticipando y tomando en cuenta las

---

<sup>106</sup> Véase: BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, #10733: Instrumento de ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, págs. 9337 – 9343, #10734: Instrumento de ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, págs. 9343 – 9347; [treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en), última consulta el 3 de diciembre de 2017; [treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en), última consulta el 3 de diciembre de 2017; <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>, última consulta el 30 de mayo de 2019; GÁLVEZ MONTES, F. J., «Artículo 39», en *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, S. L., 3ª edición ampliada, Madrid, 2001, págs. 850 – 851; CACHÓN VILLAR, P., «Artículo 39», en *Comentarios a la Constitución Española*, (dirs.) M<sup>a</sup>. E., Casas Baamonde y M. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, (coords.) M. Pérez Manzano e Ignacio Borrajo Inieta, Ed. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 1004.

<sup>107</sup> GARRIDO FALLA, F., «Artículo 33», en *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, S. L., 3ª edición ampliada, Madrid, 2001, pág. 785. Véase, además, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 16; BUSTO LAGO, J. M., «Tema IX: Limitaciones Dispositivas del Causante: Legítimas y Reservas», *op. cit.*, pág. 414; TORRES GARCÍA, T. F., «Legítima, Legitimarios y Libertad de Testar (Síntesis de un Sistema)», *op. cit.*, págs. 219 – 221; CAMACHO CLAVIJO, S. y DE LAMA AYMÁ, A., «La Sucesión “Mortis Causa” (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, *op. cit.*, págs. 86 y 87, también considera que el derecho de ciertos parientes del causante a recibir parte de sus bienes debe ser uno de los elementos necesarios en la construcción del Derecho sucesorio. Por su parte, LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *Fundamentos de Derecho Civil: Doctrinas Generales y Bases Constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 290, «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», *op. cit.*, págs. 436 – 439, «Cap. 19: La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 465 – 468, «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 54 – 58, está a favor de que existe un «principio de vinculación familiar del patrimonio en la sucesión *mortis causa*», pero expone ciertas dudas en cuanto a su contenido y alcance. Es su criterio que en la CE de 1978 no hay una garantía institucional de la familia, que solo existe un mandato constitucional de protección a la familia (art. 39.1 de la CE), sin indicar a qué tipo de familia se refiere: a la nuclear o a la extensa o patriarcal. Piensa que como al legislador solo le vinculan las determinaciones de mínimos, podría tratarse de la familia integrada por la pareja, sus descendientes y sus ascendientes. Fuera de este grupo de parientes, el legislador podría suprimir cualquier otro llamamiento; fijar la porción que le correspondería al mencionado círculo familiar, siempre que no haga inexistente su derecho a la herencia; y configurar un orden de llamamiento *ab intestato* que no excede de los hermanos. Aunque, entiende que es, precisamente, en el límite de llamamiento, asunto no resuelto por la doctrina, donde podrían plantearse dudas sobre la constitucionalidad de la actuación legislativa. DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Autonomía Privada y Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 518 – 519, «Una Propuesta de Política del Derecho en Materia de Sucesiones por Causa de Muerte, Segunda Parte: Objetivos de una Reforma del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 97, «El Fundamento Constitucional de la facultad de Disponer para después de la Muerte», *op. cit.*, págs. 1 – 2, coincide en que uno de los principios éticos del



contingencias humanas, serviría de medio para brindarle sostenimiento a los familiares del difunto. Ayuda que siempre es necesaria, sin importar la edad en que se reciba, si consideramos las consecuentes crisis económicas que se han ido suscitando a nivel mundial. Si la misma llega en la edad de retiro, posibilidad real porque debido al aumento en la expectativa de vida la sociedad española es una envejecida<sup>108</sup>, mejor aún porque durante esa etapa, por lo general, el salario del retirado no aumenta grandemente, mientras la vida encarece y crece la inflación, todo en un contexto en que las enfermedades y debilidades físicas se hacen más significativas. En definitiva, al atenderse esta responsabilidad con el Derecho sucesorio, la familia adquiere independencia del Estado y este, a su vez, no tendrá que asumirla, al menos, totalmente.

## **B. Ámbito colectivo del contenido del derecho a la herencia**

Además de los mencionados componentes que integran el ámbito individual del contenido general del derecho a la herencia, este, a su vez, cuenta con una vertiente colectiva o social, conformada por los intereses sociales, sobre la que tiene injerencia el legislador y que, como se mostrará más adelante, puede materializarse de tres formas distintas. Afirmación que se constata del propio texto del art. 33.2 de la CE de 1978 que aclara que la función social<sup>109</sup> del derecho a la herencia debe ser entendida como una parte integrante de su

---

Derecho de sucesiones es el que ubica a la familia del difunto como uno de los destinatarios de una porción de sus bienes. Sin embargo, opina que el derecho a la herencia, que garantiza el art. 33.1 de la CE de 1978, es solo un reconocimiento a la capacidad jurídica que tiene toda persona para heredar patrimonios. No se está concediendo el derecho a aceptar y recibir herencias de un causante en particular. A lo que añade: «Que el derecho constitucionalmente reconocido al propietario de disponer de sus bienes para después de su muerte esté también constitucionalmente limitado en atención a la “protección de la familia” (por cierto, la familia nunca hereda, sino ciertos individuos en relación de parentesco con el causante) es muy difícil de argumentar con nuestro texto constitucional. La “garantía” de la herencia en nuestra Constitución es un corolario del reconocimiento de la propiedad privada, no un instrumento de protección de la familia». (pág. 519).

<sup>108</sup> Instituto Nacional de Estadística, «Proyecciones de Población 2016-2066», en *Notas de Prensa*, 20 de octubre de 2016, págs. 3 – 4 y 7 - 8, [www.ine.es/prensa/np994.pdf](http://www.ine.es/prensa/np994.pdf), última consulta el 19 de diciembre de 2017, «Censos de Población y Viviendas 2011», en *Notas de Prensa*, 14 de diciembre de 2012, págs. 13 – 15, [www.ine.es/prensa/np756.pdf](http://www.ine.es/prensa/np756.pdf), última consulta el 19 de diciembre de 2017; NUÑEZ JAIME, V., «El País más Envejecido del Mundo: España es el País con más Población mayor de 60 años. ¿Está Preparada para Afrontar el Reto?», en *Periódico El País*, 3 de marzo de 2015, [www.politica.elpais.com/politica/2015/03/10/actualidad/1426004341\\_312247.html](http://www.politica.elpais.com/politica/2015/03/10/actualidad/1426004341_312247.html), última consulta el 19 de diciembre de 2017.

<sup>109</sup> Se ha comentado que este término, aplicado en relación con la propiedad privada, proviene de la doctrina social de la Iglesia. Concretamente, fue en «... las encíclicas de los Papas, a partir de la “Rerum Novarum”, que publicó S.S. León XIII el 15 de mayo de 1891, empalmando con la tradición más venerable de la Iglesia, como la que encierra la patristica o la célebre “Bula Detestabilis” de Sixto V (21 octubre 1586), [donde se ha] insistido en la idea de que la propiedad privada debe cumplir una función social». ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978*, op. cit., págs. 289 – 290, nota 2. Véase, además, DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Algunas Reflexiones sobre el Derecho de Propiedad Privada en la Constitución», op. cit., pág. 1259. Incluso, se ha planteado que en la Constitución de España de 1931 y en

contenido general y, a la vez, como el elemento determinante que ayuda a definir los confines del mismo. Esta segunda funcionalidad se deduce, igualmente, de la redacción de este precepto que añade que el contenido de la herencia será delimitado por la función social que el legislador persiga a través de las leyes. Al considerar que el significado del verbo «delimitar» se refiere a «[d]eterminar o fijar con precisión los límites de algo».<sup>110</sup>

De ahí que se entienda que tanto el contenido general como el esencial del derecho a la herencia estará conformado no solo por sus derechos subjetivos o intereses individuales, sino, además, por su finalidad social. Aclaramos, sin embargo, que no se trata de que la función social del derecho a la herencia, establecida, desarrollada y actualizada mediante los estatutos, diluirá o hará inoperante el contenido esencial del mismo. Como establece expresamente el art. 53.1 de la CE de 1978, el contenido esencial de los derechos reconocidos en el Título I del segundo Capítulo debe ser respetado por el legislador ordinario. En otras palabras, el contenido esencial es uno de los denominados «límite de los límites» que el legislador no puede traspasar, aunque justifique su proceder en exigencias de la función social. Lo que ocurrirá es que el contenido esencial del derecho a la herencia permanecerá y serán los mencionados componentes de la vertiente individual de su contenido, en términos generales, según claramente dispone el art. 33.2 de la CE de 1978, los que se verán limitados por su ámbito social. Claro está, las limitaciones y deberes sociales deberán ser razonables, de forma que no anulen el núcleo esencial de la vertiente individual

---

varias de las ocho Leyes Fundamentales del régimen franquista, la propiedad estaba limitada por su función social, a pesar de que no se aludía expresamente a dicho término. Al respecto, el art. 44 de la Constitución de 1931 disponía que: «[t]oda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas [...] [c]on los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada...». Puntualizar, sin embargo, que en todas las Constituciones Históricas de España sí se aludía a la indemnización del propietario en caso de expropiación de su propiedad para utilidad común. En cuanto al art. 8 de la Declaración XII del Fuero del Trabajo de 1938, se reconocía y amparaba a la propiedad privada «...como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales...». Reconocimiento expreso que se mantuvo en el art. 31 del Fuero de los Españoles de 1945, añadiéndose que «...[t]odas las formas de propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la Nación y al bien común...». No obstante, fue en la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional de 1958 que, por primera vez, se menciona expresamente la frase función social, como límite de la propiedad. Concretamente, en su Principio X se disponía: «[s]e reconoce [...] a la propiedad privada, en todas sus formas, como derecho condicionado a su función social. Véase: ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, op. cit., págs. 8 y 9, notas 2 y 3; PÉREZ LUÑO, A. E. y RODRÍGUEZ de QUIÑONES y de TORRES, A., «Artículo 33: Propiedad Privada y Herencia», op. cit., págs. 499 - 501; Fuero de los Españoles, BOE núm. 199 de 18 de julio de 1945, *supra.*; Constitución de 9 de diciembre de 1931, *supra.*; Ley Fundamental de 17 de mayo de 1958, por la que se promulgan los principios del Movimiento Nacional, BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1958, [www.e-torredababel.com/leyes/constituciones/ley-principios-movimiento-nacional.htm](http://www.e-torredababel.com/leyes/constituciones/ley-principios-movimiento-nacional.htm), última consulta el 21 de octubre de 2017; Decreto de 9 de marzo de 1938, aprobando el Fuero del Trabajo, BOE núm. 505, de 10 de marzo de 1938, [www.e-torredababel.com/leyes/constituciones/fuero-del-trabajo-1938.htm](http://www.e-torredababel.com/leyes/constituciones/fuero-del-trabajo-1938.htm), última consulta el 21 de octubre de 2017.

<sup>110</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, [del.rae.es/?id=C7fnd7C](http://del.rae.es/?id=C7fnd7C), bajado de internet el 17 de diciembre de 2016.

de este derecho, que es el resto mínimo de utilidad particular al que, precisamente, se refiere la garantía del art. 53.1 de la CE.<sup>111</sup>

Una de las formas en que puede manifestarse ese ámbito social es a través de la figura del Estado, por ser el ente público que representa los intereses de la sociedad. No solo es importante conocer los deberes del Estado sino también determinar o fijar con precisión los derechos sucesorios que le corresponden, pues es a través de su ejercicio que se puede cumplir la finalidad social que valida su existencia, que está relacionada con el correcto balance de los intereses sociales para evitar que se afecte el más desprotegido.<sup>112</sup> Se trata de propiciar que una parte de los patrimonios hereditarios se invierta en el bienestar de la comunidad, lo que en otras palabras podría resultar, al menos en cierta medida, en la redistribución de la riqueza.

El patrimonio del causante no solo fue producto de su trabajo o el resultado de una herencia, sino que su acumulación pudo ser, además, el resultado de la protección del Estado o de su intervención.<sup>113</sup> De ahí que la participación del Estado en las herencias se manifieste, esencialmente, de dos maneras. A través del impuesto sucesorio, lo que resulta coherente con el art. 31.1 de la CE de 1978, cuya razón fundamental de su existencia es, precisamente, viabilizar la participación del Estado en las sucesiones, aunque se utilice más como un mecanismo para allegar ingresos al fisco que permitan sufragar las deudas del gobierno. Siempre que el sistema tributario, según enfatiza el mencionado precepto, no tenga carácter confiscatorio ni cause el menoscabo o el agotamiento de los derechos sucesorios de la familia del causante, garantizados por los arts. 33 y 39.1 de la CE de 1978. Otra opción es que el

---

<sup>111</sup> STC (Pleno), núm. 112 de 5 de abril de 2006, *supra.*; STC (Pleno), núm. 204 de 18 de noviembre de 2004, *supra.*; STC (Pleno), núm. 109 de 5 de junio de 2003, *supra.*; STC (Pleno), núm. 61 de 20 de marzo de 1997, (RTC 1997/61); ATC (Pleno), núm. 134 de 9 de mayo de 1995, *supra.*; STC (Pleno), núm. 89 de 17 de marzo de 1994, (RTC 1994/89); STC (Pleno), núm. 170 de 19 de octubre de 1989, *supra.*; STC (Pleno), núm. 37 de 26 de marzo de 1987, *supra.*; STC (Pleno), núm. 77 de 27 de junio de 1985, *supra.* Véase, además, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M<sup>a</sup>, «Artículo 33», *op. cit.*, pág. 910; PULIDO QUECEDO, M., *Constitución Española Comentada, con Jurisprudencia Sistematizada y Concordancias*, *op. cit.*, págs. 972 y 973. Todas las referencias están relacionadas con el derecho de propiedad, pero consideramos que sus expresiones son perfectamente trasladables al derecho a la herencia. Tanto por su conexión debido a su ubicación en el mismo precepto como por su relación histórica.

<sup>112</sup> VALVERDE, C., «El Estado y las Sucesiones», *op. cit.*, pág. 526.

<sup>113</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», *op. cit.*, págs. 439 – 441, «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, pág. 58, «Cap. 19: La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, pág. 469; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Una Propuesta de Política del Derecho en Materia de Sucesiones por Causa de Muerte, Segunda Parte: Objetivos de una Reforma del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 97; CAMACHO CLAVIJO, S. y DE LAMA AYMÁ, A., «La Sucesión “Mortis Causa” (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, *op. cit.*, págs. 86 y 87.

Estado forme parte del orden sucesorio ante una sucesión legal<sup>114</sup> y debido a la ausencia de parientes cercanos del difunto, según los arts. 956 al 958 del CC. Esta posibilidad podría ser más beneficiosa si se redujeran los grados de parentesco por consanguinidad, de forma que el Estado pueda participar en más herencias vacantes.<sup>115</sup>

Incluso, se ha llegado a sugerir<sup>116</sup> que el impuesto sucesorio, como medio para que el Estado acceda a su derecho en toda sucesión, sea sustituido por una legítima a favor del

---

<sup>114</sup> Para conocer más en detalle sobre esta temática, puede consultarse: DE LOS MOZOS, J. L., «La Sucesión Ab Intestato en Favor del Estado», en *A.D.C.*, núm. 2, 1965, págs. 393 – 433. Destacar que, conforme el art. 763 del CC, el Estado podría participar como heredero en una sucesión testamentaria, si el causante, ante la ausencia de legitimarios, dispone de todos o de parte de sus bienes a su favor. Atribución hereditaria que, según los arts. 957 y 988 del CC, tendrá la libertad de repudiar o aceptar, siempre entendiendo que la segunda alternativa solo se dará a beneficio de inventario para evitar los perjuicios de una posible herencia dañosa.

<sup>115</sup> VALVERDE, C., «El Estado y las Sucesiones», *op. cit.*, págs. 535 y 536. Véase, también, LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Cap. 19: La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 469 – 471 y 472 y «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», *op. cit.*, págs. 439 – 440 y 441, «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 58 – 60 y 62; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M<sup>a</sup>., «El Derecho de Sucesiones y las Normas Constitucionales», *op. cit.*, págs. 1159 – 1160; GARRIDO FALLA, F., «Artículo 33», *op. cit.*, págs. 785 – 786; ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, *op. cit.*, págs. 109 – 123, esp. las págs. 111, 115, 117 y 122 – 123, enfatiza que existe una conexión innegable y necesaria entre el impuesto sucesorio y la función social del derecho constitucional a la herencia (art. 33.2 de la CE), que «...construye a que dicho impuesto, no pudiendo ser confiscatorio, no pueda ser tampoco meramente simbólico, correspondiendo su regulación al Estado, por mucho que la gestión del mismo pueda cederse o se haya cedido a las Comunidades Autónomas». De otra parte, VALVERDE, C., «El Estado y las Sucesiones», *op. cit.*, págs. 532 y nota 1, comenta que el derecho del Estado a las sucesiones vacantes es tan remoto que se remonta a la época del Derecho romano antiguo, específicamente, a la Ley de las XII Tablas. Ante la ausencia de heredero testamentario o legítimo, se disponía que la herencia podía ocuparse y usucapirse (*usucapio proherede*). Esta posibilidad, sin embargo, desapareció por causa de un Senado consulto del período de Adriano. Bajo la Ley Papia Papia, inicialmente, los bienes vacantes ingresaban al *ærium populi*. Luego se hicieron formar parte del fisco. En cambio, durante el Derecho justinianeo al erario regresaba ciertos tipos de corporaciones, tales como: «...la legión sobre los bienes de los militares, la curia de la ciudad sobre los bienes de los decuriones». Este derecho del Estado, además, se reflejó en los precedentes legales del CC. Primero, en el Fuero Real, lib. III, tit. V, ley III, se establecía que: «*Si el home que muere no hubiere parientes (a) ningunos e ficiere mandas de sus cosas (b) derecho es que se cumpla (c) la manda segun la fizo: (a) e sino ficiere manda, (b) hayalo todo el Rey. (c)*». Segundo, en la Ley 6.<sup>a</sup>, tit. 13, Partida 6.<sup>a</sup>, en lo pertinente, se disponía que: «*...E si por aventura, el que assi muriesse sin parientes non fuesse casado, entonce heredara todos sus bienes la Camara del Rey (9)*». Tercero, la Ley 1.<sup>a</sup> Tit. XXII, Lib. X de la Novísima Recopilación expresaba: «*Todo hombre o mujer que finare, y no hiciere testamento en que establezca heredero, y no hubiere heredero de los que suben o descenden de línea derecha, o de travieso, todos los bienes sean para nuestra Cámara*». Cuarto, en la Ley de 16 de mayo de 1835, art. 2, se establece que «*corresponden al Estado los bienes de los que mueran o hayan muerto intestados, sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo a las leyes vigentes...*» a lo que se añade en el art. 8 que «*[l]a sucesión intestada a favor del Estado se abre por la muerte natural*». Véase, además, LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio: Glosadas*, Tomo III, Ed. Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1844, pág. 227; *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Tomo V, Libros X, XI y XII, pág. 137; REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Fuero Real del Rey Don Alonso el Sabio*, copiado del *Codice* del Escorial y cotejado con varios códigos de diferentes archivos, pág. 75; DÍAZ DE MONTALVO, A., *Fuero Real de España: Glosado, Concordado con las Siete Partidas y las Leyes del Reyno*, Tomo I, Ed. Real Compañía de Impresoras y Libreros del Reyno, Madrid, 1781, págs. 549 – 550.

<sup>116</sup> VALVERDE, C., «El Estado y las Sucesiones», *op. cit.*, págs. 536 - 537. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Cap. 19: La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 471 y 472 y «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», *op. cit.*, págs. 440 - 441, «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 60 – 61 y 62, comparte un criterio similar al plantear que sería legítimo que el Estado participara de las herencias como un coheredero necesario. Véase, además, ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la*

Gobierno. Se piensa que esta herramienta es más útil para que el Estado cumpla mejor con el deber social que tiene con la ciudadanía. Además de que se conceptúa como la forma más acertada para darle una justa participación al Estado en las sucesiones, según la tienen el resto de componentes, es decir, la familia y el testador. De manera que se pueda crear un verdadero balance entre todos los intereses y, así, alcanzar una mejor política legislativa de Derecho sucesorio, que no solo integre el aspecto individualista, sino también principios de justicia social.

Nuestro parecer es que las primeras dos formas de participación del Estado en las herencias, y no así la aludida alternativa de la legítima para el Gobierno, son suficientes por ser cónsonas con los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho que encierran la Constitución de España, en la medida que existe coherencia entre el acto de que el patrimonio hereditario o los beneficios de este se utilicen a favor de la colectividad y que ante dicha finalidad no se vean afectados derechos constitucionales de los individuos. Además, partiendo del hecho de que en la Constitución no se dispone expresamente sobre el derecho del Estado a las herencias, puesto que esta institución se centra en el ámbito privado *mortis causa*<sup>117</sup>, se le debe conferir preeminencia a los dos intereses protegidos antes comentados, el individual y el familiar, de manera que sean debidamente ponderados y balanceados previo a que se defina la participación adecuada del Estado en la herencia.

Otra forma de materializarse la vertiente social del Derecho sucesorio es mediante la aprobación de legislación que regule su función social y, por ende, delimite en términos generales su contenido y en específico su ámbito individual. Significa que aunque no se pueden promulgar normas que menoscaben la esencia del derecho a la herencia, sí pueden establecerse preceptos que delimiten su contenido general, tanto cualitativo como cuantitativo, en beneficio de la comunidad.<sup>118</sup> Es decir, por un fin social. Se trata del efecto beneficioso que este tipo de normativa puede generar en la sociedad, resultado que, sin duda, guarda una correspondencia directa con una de las cualificaciones del Estado español, es decir, con su definición como uno Social. Modalidad de gobierno que persigue configurar el derecho no solo desde el enfoque individual de su titular, sino también a través de las

---

*Herencia en la Constitución, op. cit.*, págs. 106 – 109, esp. las págs. 107 y 108, que expone que la propuesta de que el Estado sea un legitimario más, no solo es cónsona con la función social de la herencia que el art. 33 de la CE de 1978 exige que se garantice, sino también con los valores constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho que es España.

<sup>117</sup> Véase: LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Cap. 19: La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 468 – 472, «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», *op. cit.*, págs. 440 – 441, «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 61 - 62.

<sup>118</sup> Véase: RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M<sup>a</sup>, «Artículo 33», *op. cit.*, págs. 909 – 910.

necesidades de la sociedad. De ahí que los derechos, como el de la herencia, que estén relacionados con aspectos económicos, sociales y culturales, rebasen la esfera estricta y tradicional del derecho fundamental relacionado exclusivamente con las libertades individuales y se inserte en la concepción amplia de los derechos fundamentales, donde se integran no solo la vertiente subjetiva sino, además, la objetiva.<sup>119</sup>

Esta legislación socialmente beneficiosa justificará que se limite la libertad de transmitir bienes *mortis causa*, junto con la facultad del causante de escoger a su sucesor o sucesores en su caudal relicto, o que se restrinja la posibilidad de heredar de la familia o que, incluso, se deslinden ambos intereses que, como señalado, integran el ámbito individual del contenido general del derecho a la herencia. Siempre que no se afecte el contenido esencial por el que se identifica al Derecho de sucesiones, que está, igualmente, integrado por los dos intereses mencionados, luego de su delimitación por la función social, cuya naturaleza persigue mantener las relaciones jurídicas, especialmente entre los integrantes de la familia del causante, más allá del fenómeno de la muerte y, así, proporcionarle seguridad jurídica y paz a la sociedad. En concreto, que las titularidades del difunto se mantengan activas en poder de sus herederos, en general, y particularmente entre los miembros de su familia; se establezcan mecanismos de responsabilidad patrimonial para abonar las deudas que habían sido asumidas por el causante y, así, evitar que se origine una perturbación jurídica y en el tráfico, en la que se vean directamente afectados los acreedores; y que se efectúe una ordenada adquisición y traspaso de la posesión que ostentaba el causante como poder de hecho.<sup>120</sup>

De manera que el contenido esencial del derecho a la herencia que el legislador está impedido de afectar se refiere a esa parte mínima del ámbito individual de su contenido general que lo hace reconocible ante la sociedad como tal institución jurídica. Tiene que ver con la posibilidad razonable del causante de disponer de su patrimonio hereditario para después de su muerte, que trae consigo la correlativa libertad de testar, y, a su vez, la de su cónyuge, descendientes y ascendientes para heredarle, ya que dentro de este núcleo, en términos generales, se crean los vínculos familiares más estrechos e intensos. Significa que en defecto de una sucesión testamentaria, y como expresión de la voluntad presunta del causante, el legislador debe prever como sucesores legales a los mencionados integrantes del

---

<sup>119</sup> Véase: PÉREZ LUÑO, A. E. y RODRÍGUEZ de QUIÑONES y de TORRES, A., «Artículo 33: Propiedad Privada y Herencia», *op. cit.*, págs. 526 – 527.

<sup>120</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 30 – 31, «Cap. 19: La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, pág. 446. Véase, también, ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, *op. cit.*, págs. 15 – 16 y 82 - 83; PÉREZ GALLARDO, L. B., «La Sucesión por Causa de Muerte desde una Visión Constitucional», *op. cit.*, pág. 687.

círculo familiar e incluso, y a su discreción, extender el orden legal de llamamientos parentales en una sucesión intestada hasta el primer grado de los colaterales, que está integrado por los hermanos y sobrinos del causante, porque dicha relación suele ser, también, estrecha, aunque con intensidad generalmente menor.<sup>121</sup>

Es cierto que en la Constitución no se define el concepto de familia al aludirse a su protección. Tampoco se aclara a qué tipo de familia se refiere ni se detallan los integrantes que la conformarán y que, por lo tanto, serán beneficiarios de esa salvaguarda. Tal vez, con la intención de permitir que dicha institución se amoldara a los cambios que con el tiempo impactarían a la realidad social del país, es decir, a los modos de convivencia que en la sociedad se fueran expresando y en coherencia con los arts. 1.1 y 9.2 de la CE de 1978, en lo referente a uno de los caracteres del Estado español, el social.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 51 – 53 y 57, «Cap. 19: La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 463 – 465 y 467 – 468, «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», *op. cit.*, págs. 435 – 436 y 438 – 439; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de Derecho Civil: Sucesiones*, Ed. Bercal, S.A., 2ª edición, Madrid, 2012, pág. 201, «Tema 1: La Sucesión por Causa de Muerte», en *Derecho de Sucesiones: Práctica Jurídica*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tecnos (Grupo ANAYA, S. A.), Madrid, 2009, págs. 20 y 21. En sentido similar, ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, *op. cit.*, págs. 68 – 69 y 94, 97 y nota 119. Por su parte, MAGARIÑOS BLANCO, V., «La Libertad de Testar. Una Reforma Necesaria», en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado: Estudios en Conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado*, tomo 1, (coord.) L. Prats Albentosa, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2013, págs. 685 y 690, «La Libertad de Testar», en *R.D.P.*, núms. 9-10, Septiembre – Octubre 2005, págs. 25 y 29, piensa que el contenido esencial del derecho a la propiedad y a la herencia se limita a la libertad de testar del causante. A pesar de ello, para sostener su posición de sustituir el sistema legitimario por un derecho de alimentos de alcance sucesorio, a favor de aquellos miembros de la familia que lo necesiten, afirma que la libertad de testar debe entenderse, «...sin perjuicio de los deberes derivados de la filiación a que se refiere el artículo 39 CE [...] y del de asistencia de los ascendientes, reconocido en el art. 50 CE...». Incluyendo al cónyuge sobreviviente en el grupo de familiares que se podrá beneficiar de los alimentos *post mortem*. Coincidiendo, aunque no expresamente, con la afirmación de que el derecho constitucional a la herencia reconoce principalmente la libertad dispositiva del causante, DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Autonomía Privada y Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 517, 518, 519 y 522 – 523, «El Fundamento Constitucional de la facultad de Disponer para después de la Muerte», en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 7675, Año XXXII, 18 de julio de 2011, págs. 1, 2, 4 – 5, manifiesta que le parece «...defendible deducir del art. 39-3 CE [...] un límite constitucional al poder (constitucionalmente protegido) del propietario de disponer de sus bienes para después de su muerte, en el sentido de que no podrá evitar la prestación de asistencia a sus hijos menores de edad con los bienes de la herencia». Añadiendo, de forma más contundente, lo siguiente: «De lo que no hay duda es de que el legislador ordinario está legitimado para imponer límites a la libertad de disponer, que incluyan, no sólo partes reservadas para descendientes incapaces de valerse por sí mismos, sino legítimas o reservas a favor de descendientes en general, ascendientes o cónyuges, en la forma que hoy lo hace o en otras parecidas o distintas. No juzgo ahora su oportunidad o conveniencia. Digo simplemente que la justificación constitucional de estos límites legales puede resultar de artículos como el 39-1 (a estos efectos sí que puede ser relevante el principio de protección de la familia) o, en otro sentido, del art. 40, en cuanto que promueve una distribución más equitativa de la renta personal [...]. En general, y sobre todo, la función social del derecho a la herencia (art. 33-2) permite al legislador ordinario delimitar el contenido de este derecho con notable libertad». Véase, además, GIL RODRÍGUEZ, J., «Epígrafe IV: “La Inconsistencia de la Legítima en el Valle de Ayala” del Capítulo 50: La Sucesión Forzosa en el País Vasco», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo II (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) Mª del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 733.

<sup>122</sup> STC núm. 47 de 8 de febrero de 1993, (RTC 1993/47); STC (Pleno), núm. 222 de 11 de diciembre de 1992, (RTC 1992/222).

Precisamente, a casi 42 años de la aprobación de esta Ley suprema, la sociedad española ha experimentado cambios jurídicos y sociales que han ocasionado que se modifique la estructura y modelo familiar tradicional, que en su origen estaba integrado por un grupo extenso de parientes. Hoy día, la realidad familiar es plural, pues existe una variedad de formas de relación y de convivencia compuesta por diferentes miembros, aunque en ciertos casos los efectos jurídicos puedan ser disímiles. Entre estos, se pueden mencionar a la: (1) familia matrimonial o nuclear tradicional, formada por esposos de diferente sexo habiendo o no hijos; (2) familia matrimonial o nuclear, integrada por cónyuges del mismo sexo con o sin hijos; (3) familia monoparental, por propia decisión, mediante el mecanismo de adopción o reproducción humana asistida, o producto de una ruptura conyugal o de pareja o por causa del fallecimiento de uno de los cónyuges; (4) familia reconstituida o recompuesta, como resultado de un ulterior matrimonio o relación de pareja en la que puede haber hijos comunes y de otras relaciones; (6) familia fundada en la circunstancia de la convivencia entre personas de diferente o igual sexo, en la que puede haber descendencia o no.<sup>123</sup> De ahí que en varias sentencias el TC haya determinado no vincular a la familia que persigue proteger, exclusivamente, con la matrimonial, por considerar que junto a ella existen otras modalidades de vida familiar.<sup>124</sup> Y que el TS haya manifestado que «...desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales».<sup>125</sup>

No empecé a esta amplia perspectiva de la institución jurídica de la familia, al examinar los arts. 32.1<sup>126</sup>, 39 y 50 de la CE de 1978 pueden apreciarse ciertos rasgos subyacentes que, lógica y razonablemente, pueden llevar a inferir que entre los familiares que

---

<sup>123</sup> CACHÓN VILLAR, P., «Artículo 39», *op. cit.*, pág. 1004; EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., Sucesión «Mortis Causa» de la Familia Recompuesta (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria), *op. cit.*, pág. 39.

<sup>124</sup> STC (Pleno), núm. 116 de 17 de junio de 1999, (RTC 1999/116); STC núm. 47 de 8 de febrero de 1993, *supra.*; STC (Pleno), núm. 222 de 11 de diciembre de 1992, *supra.*

<sup>125</sup> STS núm. 740 de 5 de diciembre de 2013, Sala Civil, Sección 1<sup>a</sup>, (RJ 2013/7640); STS núm. 320 de 12 de mayo de 2011, Sala Civil, Sección 1<sup>a</sup>, (RJ 2011/3280).

<sup>126</sup> Alude al tipo de familia matrimonial entre parejas de distinto sexo, en los siguientes términos: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Esta especial consideración a la familia que se origina como resultado del matrimonio, también, se hace manifiesta en diversos documentos internacionales que, según el art. 10.2 de la CE, forman parte del ordenamiento español. Algunos de estos son: el art. 16.1 de la DUDH, *supra.*; el art. 23.2 PIDCP, *supra.*; el art. 10.1 del PIDESC, *supra.*; y el art. 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, publicado en el BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979, [www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/index.htm#a12](http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/index.htm#a12), [www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite](http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite), última consulta de ambas páginas de Internet, el 27 de diciembre de 2017.



la Constitución quiere proteger se encuentran los: (1) cónyuges, (2) hijos y (3) parientes de tercera edad.<sup>127</sup> Si extrapolamos este análisis a uno de los elementos que conforma el ámbito individual del derecho a la herencia, art. 33 de la CE de 1978, en específico a la posibilidad de heredar de los familiares del causante y, a su vez, le incorporamos el criterio de la tradición histórica de la materia del Derecho de sucesiones que ha sido significativa en la elaboración de aquellas características que hacen identificativas a esta institución ante la sociedad, tampoco resultaría ilógico argumentar que su esencia se sustenta en el derecho a suceder del cónyuge supérstite, los descendientes y los ascendientes. Este último grado parental justificado en que son los parientes, ordinariamente, de tercera edad más cercanos a los que los descendientes le deben solidaridad y protección, no solo en vida, sino, también, para después de la muerte, porque, en términos generales, fueron ellos los que contribuyeron sustancialmente a su desarrollo personal y profesional.<sup>128</sup> En definitiva, entre estos tres grupos integrantes de la familia existe una relación estrecha centrada en el afecto y la cooperación.

Implica que cualquier reforma que se vaya a efectuar al Derecho de sucesiones debe considerar los tres intereses que integran, respectivamente, el ámbito individual y el social o colectivo de su contenido. A estos tres intereses, el del propietario, la familia y la sociedad, se les debe brindar importancia conjunta porque inclinarse por uno u otro podría resultar en una legislación que regule la relación jurídica del Derecho de sucesiones de manera radical y exagerada. Por ejemplo, si se le confiere mayor preponderancia al interés social, estaríamos ante un Estado socialista donde la acumulación de propiedad sería para la colectividad. En cambio, si se enfatiza en el interés familiar, la propiedad del causante estaría vinculada a la familia. Si, por el contrario, se diera prioridad al interés del propietario, la legislación sucesoria sería preponderantemente individualista. Para evitar cualquiera de estos panoramas, es indispensable que el legislador al regular el Derecho de sucesiones respete su contenido esencial. Debe elaborar una legislación sobre esta disciplina, después de un genuino ejercicio de ponderación, balance, razonabilidad, proporción y necesidad entre los mencionados intereses protegidos, en la que al delimitar el ámbito individual de su contenido general, a través de la función social del derecho constitucional a la herencia, se preserve su núcleo esencial, que es la razón de ser por la que la sociedad ha identificado a esta institución

---

<sup>127</sup> GÁLVEZ MONTES, F. J., «Artículo 39», *op. cit.*, pág. 850. Véase, también, MAGARIÑOS BLANCO, V., «La Libertad de Testar. Una Reforma Necesaria», *op. cit.*, pág. 685, «La Libertad de Testar», *op. cit.*, pág. 25; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Autonomía Privada y Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 522 – 523

<sup>128</sup> Solidaridad familiar intergeneracional que debe ir en los dos sentidos.

jurídica.<sup>129</sup> Ya que si no cumple con estos principios y garantías, conforme al art. 161.1(a) de la CE de 1978, se puede presentar ante el TC un recurso de inconstitucionalidad en contra del estatuto.

Recordemos que la noción de cultura jurídica concibe al Derecho, incluyendo obviamente al de sucesiones, como un fenómeno social vinculado a la realidad en la que se desarrolla y elaborado en base a los siguientes aspectos: (1) la interpretación de los textos legales; (2) la observación de la realidad social jurídicamente relevante; (3) las opiniones judiciales y la de los órganos consultivos establecidos en el ordenamiento; (4) el derecho comparado originado en un contexto socio – cultural cercano; y (5) las opiniones y dictámenes elaborados por los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas y otros entes internacionales de similar relevancia. Estos elementos conformadores de la cultura jurídica se insertan en la CE de 1978 a través de su art. 10.2, que siendo una regla de hermenéutica, lleva, también, asociada una regla de interpretación evolutiva. Todo en relación con el hecho de que la Constitución, como «árbol vivo», debe interpretarse y entenderse, además que de forma integral y conexa con todas sus partes, de manera evolutiva para poder mantener su vigencia, relevancia y legitimidad ante las nuevas realidades de vida contemporáneas que se van presentando. De forma que su texto no se convierta en letra muerta y que, en lo pertinente, el efecto de la interpretación evolutiva del art. 33 de la CE de 1978 pueda facilitar la respuesta de si el derecho a la herencia sigue siendo reconocible como tal en el contexto socio jurídico actual.<sup>130</sup>

#### § 4

### **TRASCENDENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA HERENCIA EN EL DERECHO A LA LEGÍTIMA Y SU PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUALITATIVA: PERSPECTIVA DOCTRINAL**

Hasta el momento, la judicatura española, y en especial el TS, no ha emitido resoluciones judiciales en las que elabore una hermenéutica profunda del art. 33 de la CE de 1978, en cuanto a lo que respecta al derecho a la herencia. Mucho menos el TC de España se ha pronunciado expresamente sobre si el sistema legitimario y, en específico, la legítima está protegido por el reconocimiento constitucional del derecho a la herencia.<sup>131</sup> A lo sumo, el TS

---

<sup>129</sup> Véase: VALVERDE, C., «El Estado y las Sucesiones», *op. cit.*, pág. 530.

<sup>130</sup> Véase: STC (Pleno), núm. 198 de 6 de noviembre de 2012, *supra*.

<sup>131</sup> Conclusión que sustentamos en la búsqueda electrónica que hicimos de la judicatura de España hasta el 28 de abril de 2019, a través de la base de datos jurídica de Aranzadi. Véase, además, BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, *op. cit.*, págs.

ha reconocido que las normas relativas a la legítima son imperativas y que, por tanto, deben cumplirse, pero que no es una institución protegida por el orden público, ni interno, ni internacional.<sup>132</sup> Esta circunstancia ha propiciado que entre la doctrina se hayan elaborado diversas teorías entorno a este asunto.

De una parte, se ha argumentado que sería inconstitucional no solo que se elimine la legítima, sino que su porción se reduzca hasta el límite de lo irrisorio. Implicando que la legítima es una institución jurídica intocable para el legislador, que sí podrá establecer su cuantía, que deberá ser significativa para que el derecho constitucional a la herencia no se desconozca en términos materiales, contar con la facultad de determinar qué sujetos serán legitimarios y definir los títulos, negociales o no, en los que esta habrá de ser atribuida. Criterio que se fundamenta en lo que entienden como la garantía institucional de la herencia, contenida en el art. 33.1 de la CE de 1978, y en la de la familia, dispuesta en el art. 39 de la

---

521 – 523 y nota 2393, que se percató de lo señalado después de que realizó una búsqueda de la jurisprudencia española, a través de la base de datos UZ, hasta el 30 de junio de 2010. Aunque, la dimensión constitucional de las legítimas sí ha sido planteada ante el Tribunal Constitucional de Alemania. Mediante la sentencia de 19 de abril de 2005, este máximo tribunal resolvió que uno de los componentes importantes de la garantía constitucional de la herencia, además de la libertad de testar que está fundamentada en el derecho de propiedad y en el principio de la autonomía privada en la libre autodeterminación del individuo, es la participación mínima de los hijos en la herencia de sus padres a través de la regulación de la legítima, la cual es independiente a cualquier situación de necesidad que tuviera el legitimario (arts. 14 y 6.1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana). Vincula a la institución de la legítima con la protección constitucional de las relaciones entre padres e hijos. De ahí, su determinación de que la institución legitimaria se fundamenta en la solidaridad familiar entre generaciones. Concluyendo que las relaciones que el Derecho de familia promueve con la descendencia sujetan constitucionalmente a la libertad de testar del causante y legítima a los hijos con derecho a la legítima para asegurarse una participación económica en el patrimonio hereditario de su fallecido progenitor. En definitiva, que la legítima de los hijos es una obligación de índole constitucional. Véase: VAQUER ALOY, A., «Reflexiones sobre una Eventual Reforma de la Legítima», en *R.A.D.I.N.D.R.E.T.*, núm. 3, Julio - 2007, págs. 12 – 13; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Autonomía Privada y Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 519, «El Fundamento Constitucional de la facultad de Disponer para después de la Muerte», *op. cit.*, pág. 2; PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A., «Legítimas, Libertad de Testar y Transmisión de un Patrimonio», *Nul: Estudios sobre Invalidez y Eficacia*, núm. 1, 2009, págs. 7 y 18, publicado, además, en *AFDUDC*, núm. 13, 2009, págs. 489 y 499; FERNÁNDEZ HIERRO, M. y FERNÁNDEZ HIERRO, M., «Panorama Legislativo Actual de la Libertad de Testar», en *A.V.D., Boletín JADO*, núm. 19, Mayo - 2010, págs. 49 – 50; ARROYO I AMAYUELAS, E., «La Reforma del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción en Alemania», en *R.A.D.I.N.D.R.E.T.*, núm. 1., Enero - 2010, págs. 5 – 6; TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P., *La Libertad de Testar: El Principio de Igualdad, la Dignidad de la Persona y el Libre Desarrollo de la Personalidad en el Derecho de Sucesiones*, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, págs. 137 – 138; MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M<sup>a</sup>., «Legítima Material y Legítima Formal», en *A.A.M.N.*, tomo 49, Mayo - 2009, págs. 495 – 496; CAÑIZARES LASO, A., «Legítimas y Libertad de Testar», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2014, págs. 256 – 257 y 261; DE LAMA AYMÁ, A., «Principios de Derecho Sucesorio Europeo: Libertad de Testar y Protección de la Familia», *op. cit.*, págs. 70 - 71.

<sup>132</sup> STS núm. 613 de 8 de octubre de 2010, Sala Civil, Sección 1<sup>a</sup>, (RJ 2010/7449); STS núm. 887 de 15 de noviembre de 1996, Sala Civil, (RJ 1996/8212). Véase, además, EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., Sucesión «Mortis Causa» de la Familia Recompuesta (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria), *op. cit.*, pág. 38; TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P., *La Libertad de Testar: El Principio de Igualdad, la Dignidad de la Persona y el Libre Desarrollo de la Personalidad en el Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 142. Aunque en la STS de 23 de octubre de 1992, (RJ 1992/8280), el máximo tribunal afirmó, en sentido contrario, que la legítima debía considerarse de orden público.

CE de 1978.<sup>133</sup> Además de que se apoya en la argumentación de uno de los pocos civilistas que ha estudiado la temática de la garantía institucional de la herencia. Aunque este autor no afirma expresamente que la supresión de la legítima sería inconstitucional, de su razonamiento no resulta ilógico deducir tal conclusión. En lo que denomina como el «rostro histórico» del Derecho sucesorio incluye, además de a la facultad del propietario de transmitir sus bienes para después de su muerte, lo que también llama como el «principio de preservación del patrimonio en manos privadas tras la muerte de su titular», y al interés de la colectividad respecto a la herencia del causante, a la vinculación de la familia con el patrimonio hereditario, calificado concretamente como el «principio de vinculación familiar del patrimonio en la sucesión *mortis causa*». Al describir este último principio, destaca que uno de los elementos que lo integran es «... b) la necesidad de que ciertos parientes, caso de existir; perciban una parte de la herencia, aunque el causante no haya dispuesto tal percepción en caso de testar (sería lo que en nuestra terminología llamamos legítima)». Aclarando que el legislador tiene amplia libertad para definir la porción del caudal hereditario que recibirán ciertos familiares del causante, en concepto de su legítima, siempre que su configuración no convierta en insignificante el derecho constitucional que estos tienen a heredar.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 806 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, pág. 1114 y «Tema IX: Limitaciones Dispositivas del Causante: Legítimas y Reservas», *op. cit.*, págs. 414 – 415. Véase, además, ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, *op. cit.*, págs. 86 – 87, 96 y 97 - 99; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 6, que desde que entró en vigor la Constitución afirmó que en su art. 33 se reconoce la libertad del causante de disponer de su propiedad, pero respetando los «cupos» o parte debida del patrimonio hereditario a sus parientes en línea recta y a su cónyuge, derecho que se materializa tanto en la sucesión testamentaria como en la legal, siendo esta la «...expresión del deber que tiene éste de compartir sus bienes con los miembros próximos de su familia, a los que acaso estaba obligado actual o eventualmente a prestar alimentos». En el caso de TORRES GARCÍA, T. F., «Legítima, Legitimarios y Libertad de Testar (Síntesis de un Sistema)», *op. cit.*, págs. 219 y 220 – 221, por un lado, expresa que suprimir la libertad de testar o las legítimas no sería inconstitucional. Mientras, por otro lado, destaca que debido al papel importante que históricamente han tenido la propiedad y la familia en el Derecho de sucesiones, ambas instituciones civiles están protegidas constitucionalmente por virtud de los arts. 33.1 y 39 de la CE. Añadiendo que la proyección de la familia en la herencia se manifiesta a través de la atribución necesaria que ciertos parientes deben percibir del patrimonio hereditario del causante, ya se trate de una sucesión testamentaria o legal. Sugiriendo, por último, que la legítima debe permanecer porque tal circunstancia ha persistido en todos los ordenamientos jurídicos civiles autonómicos renovados, en los que solo se ha reducido el número de legitimarios, la cuantía de lo percibido, se ha decidido incluir o excluir al cónyuge de tal clasificación y viabilizado la libertad dispositiva del causante, con algunas previsiones.

<sup>134</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Cap. 19: La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 464 – 472, esp. las págs. 464, 466 y 468, «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», *op. cit.*, págs. 435 – 441, esp. las págs. 435 – 436, 437 y 439, «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 51 – 62, esp. las págs. 52, 54 y 58. No compartimos la opinión de BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, *op. cit.*, pág. 524, en cuanto a que con la frase «suprimir cualquier llamamiento forzoso» LÓPEZ LÓPEZ estaba sugiriendo la eliminación de todo lo que implica el sistema legitimario vigente y, por tanto, dejándole al legislador la posibilidad de disminuir la cuota hasta donde entendiera necesario. Es decir, que estaba validando «...la supresión de la legítima, incluso de descendientes, o cuando menos [...] su reducción, sin que por ello se

De otra parte, mayoritariamente, la doctrina se ha decantado por la teoría de que la legítima no tiene carácter constitucional. Esta no forma parte del reconocimiento que en la CE de 1978 se hace al derecho a la herencia. Su actual regulación se concibe solo como una técnica jurídica adecuada para cumplir con el requerimiento constitucional de garantizar el derecho sucesorio, cuya materialización se entiende depende de que se satisfagan las siguientes exigencias: (1) la libertad de disponer de los bienes para después de la muerte (art. 33.1 de la CE de 1978) y (2) la salvaguarda de la familia (arts. 39, especialmente su tercer apartado, 35.1 y 50 de la CE de 1978). Razón por la que se ha sostenido que otro tipo de regulación, siempre que guarde estos dos aspectos principales, puede también servir de mecanismo para proteger la institución del fenómeno sucesorio.<sup>135</sup>

---

observara contravención alguna de los preceptos constitucionales». Basta con examinar el texto completo del escrito de LÓPEZ LÓPEZ para percatarse que tal interpretación es errada. «Con esta premisa, ciertamente no indiscutible, tal vez cabría avanzar la propuesta de que más allá de los descendientes y los ascendientes, y los propios cónyuges, nada impediría al legislador suprimir cualquier llamamiento forzoso, y con amplia posibilidad de configurar el *quantum*, la forma, y el lugar del llamamiento *ab intestato* que se extienda tan solo al primer grado de los colaterales». Este autor, claramente, mantiene dentro del contenido esencial de la herencia a los miembros de la familia del causante compuesta por descendientes, ascendientes y el cónyuge superviviente. El legislador solo podrá suprimir o modificar cualquier llamamiento de algún grupo parental diferente a los señalados. Respecto a la aludida facultad del legislador para reducir la porción de legítima, esta debe ser analizada conjuntamente con otra manifestación realizada por LÓPEZ LÓPEZ: «La libertad del legislador es amplia, de nuevo, y queda sometido [sic] al habitual criterio de ponderación, debiendo no tomar medidas que “hagan irrisoria la garantía”». LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Cap. 19: La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, pág. 468, «Cap. 18: El Derecho a la Propiedad Privada y a la Herencia. Función y Límites», *op. cit.*, pág. 439, «La Garantía Institucional de la Herencia», *op. cit.*, págs. 57 y 58.

<sup>135</sup> VAQUER ALOY, A., «Reflexiones sobre una Eventual Reforma de la Legítima», *op. cit.*, pág. 14, «La Legítima en el Derecho Civil de Cataluña», en *Tratado de Legítimas*, (coord.) T. F. Torres García, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, págs. 471 – 515, «Epígrafes I al XX» del Capítulo 47: La Legítima en Cataluña», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo II (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) M<sup>a</sup> del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2<sup>a</sup> edición, Navarra, 2016, pág. 548; BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, *op. cit.*, págs. 530 – 531; PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A., «Legítimas, Libertad de Testar y Transmisión de un Patrimonio», *op. cit.*, págs. 19 y 500; CAÑIZARES LASO, A., «Legítimas y Libertad de Testar», *op. cit.*, págs. 263 y 267 – 268, señala que, a pesar de que entiende que no sería inconstitucional la supresión de la legítima, en la actualidad esta institución continúa manteniendo su fundamento, según delineado en la decisión del Tribunal Constitucional alemán, de solidaridad familiar intergeneracional en el seno de la familia, en base a su prolongada tradición histórica. Véase, además, ROCA TRÍAS, E., *Libertad y Familia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 211 – 235 y 240 – 244, «Una Reflexión sobre la Libertad de Testar», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2014, págs. 1253 – 1266, DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Autonomía Privada y Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 519 – 521; MAGARIÑOS BLANCO, V., «La Libertad de Testar. Una Reforma Necesaria», *op. cit.*, págs. 683 – 685 y 690, «La Libertad de Testar», *op. cit.*, págs. 24 – 25 y 29, tampoco encuentra objeciones constitucionales a que se eliminen las legítimas porque es su parecer que a través del derecho a la herencia (art. 33 de la CE de 1978) solo se garantiza la libertad dispositiva *mortis causa* y, por ende, la de poder elegir el sucesor o sucesores del patrimonio hereditario. Contenido que únicamente puede ser delimitado mediante la función social de este derecho, que, según su criterio, hoy día no está representada en la institución de la legítima porque actualmente nos encontramos ante una sociedad y economía en la que los hijos se independizan a temprana edad, se despreocupan de sus ascendientes, los caudales relictos, generados por el esfuerzo personal o compartido con el cónyuge y sin la colaboración de los hijos, están principalmente compuestos por la vivienda y unos pocos ahorros para atender las necesidades que los padres deberán afrontar en el período de su vejez. En definitiva, que la legítima ya no cumple la función de equidad que fue precisa en

La supresión de la legítima no se concibe como inconstitucional en la medida que se entiende que el art. 33 de la CE de 1978 protege, exclusivamente, el uso, goce, disfrute y la libre disposición en vida de la propiedad privada, así, también, como la libertad de transmitirla *mortis causa*, dentro y fuera del círculo familiar. No se concede un derecho o expectativa a heredar parte del caudal hereditario a favor de persona alguna. Aunque, se reconoce que como parte de la disciplina de la sucesión legal se deben considerar los vínculos familiares y que la Constitución proscribe que, a su fallecimiento, los bienes de una persona pasen obligatoriamente al Estado, ya sea como sucesor legal o a través del impuesto sucesorio.<sup>136</sup>

---

un contexto histórico en el que el padre de familia determinaba el porvenir de sus hijos y estos ayudaban en el desarrollo y el mantenimiento de la economía familiar. Otros partidarios de la reducción o supresión del sistema legitimario y fervorosos defensores de que se reafirme la libertad de testar del causante, sin entrar a dilucidar si esta acción sería o no constitucional, aunque de sus argumentos generales se estima que su apreciación es que tal proceder no sería contrario a la CE de 1978, son CALATAYUD SIERRA, A., «Consideraciones Acerca de la Libertad de Testar», en *R.A.S.N.*, tomo IX, Marzo – 1995, págs. 245 – 264 y DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, P., «Perspectiva de la Legítima. Notas para una Posible Revisión», en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. I, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, págs. 1097 – 1116. Por su parte, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003: Inicio de la Tangibilidad de la Legítima Estricta y Origen de la Desigual Libertad de Testar Existente en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 79 – 80 y 88 – 95, Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español como Forma de Protección Patrimonial de los Incapacitados Judicialmente*, Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado, Sevilla, 2015, págs. 321 y 330 - 336, <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/39151>, bajado el 5 de enero de 2018, sin entrar en la cuestión constitucional, apoya, exclusivamente, la solución intermedia de que se reduzca la cuantía de la legítima de los descendientes, se potencie la legítima del cónyuge viudo, se reduzca o suprima la de los ascendientes y se aumente la libertad de testar. Criterio que justifica en diversas consideraciones. Primero, desde una perspectiva histórica, en Roma la libertad de testar, aplicada con iniquidad por los padres respecto a sus hijos, se corrigió con la figura de la legítima, mientras en los países del *Common Law* se hizo a través de las disposiciones del *Family Provision Act* para favorecer a los más allegados del testador. Segundo, en los Estados donde existe un sistema legitimario, como, por ejemplo, Alemania, que fue reformado, mediante la Ley de Modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción, el 1 de enero de 2010, no se han efectuado cambios esenciales o medulares al mismo. Tercero, los legisladores forales, en vez de suprimir totalmente el sistema de legítimas, han optado por reducir el alcance de la institución legitimaria. A lo que añade, el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 19 de abril de 2005, que declaró que la legítima de los descendientes está protegida constitucionalmente, « [...] puede ser tenido en cuenta para reforzar la teoría de que deben conciliarse los artículos 33 y 39 de nuestra Constitución, en el sentido de que el Derecho Sucesorio debe seguir conciliando la libertad de disponer, con la necesaria protección de la familia, apostando por el mantenimiento del sistema de legítimas como uno de los medios para conseguirlo. Eso sí, en nuestra opinión, no es obligatorio que dicho sistema esté compuesto, como sucede en la actualidad, por un sistema de cuotas rígidas». (esp. en las págs. 92 y 334). Conclusión que fundamenta en la posición de diversos autores entre los que se encuentra MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M<sup>a</sup>., «Reflexiones sobre la Legítima», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2014, pág. 987, que señala «Lo dicho no significa que la legítima del Código civil no deba flexibilizarse y reformarse, pero la solidaridad familiar, su efecto distributivo de riqueza y cierta dosis de igualdad entre los hijos recomiendan su mantenimiento. El sistema de la *Family Provision Act* comporta una complejidad y unos costes más elevados que un sistema de legítima, que es más simple y económico».

<sup>136</sup> VALLADARES RASCÓN, E., «Por una Reforma del Sistema Sucesorio del Código Civil», (coords.) J. M., González Porrás y E. P., Méndez González, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo II, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicios de Publicaciones de la

En definitiva, que no es lógico considerar a la legítima como un elemento esencial de la garantía institucional de la herencia, puesto que esta sirve de protección constitucional a todos los ordenamientos civiles que coexisten en España y que están integrados por sistemas sucesorios divergentes, en los que la institución legitimaria varía desde una material, que puede converger, a la vez, con una libertad dispositiva absoluta y una limitada, a una meramente formal o ritual, combinada con una libertad de disposición más amplia.<sup>137</sup> Asumir una posición contraria implicaría la negación de la unidad del orden constitucional, ya que el contenido del derecho a la herencia se modificaría dependiendo del ordenamiento con el cual se relacione. Además de que supondría una falta de reconocimiento al hecho de que la Constitución, mediante su art. 33, no impone un determinado modelo sucesorio, sino que permite diversas manifestaciones. Esta ley suprema, por ser ampliamente permisiva, tiende a promover la libertad más que limitarla. De ahí que no se considere inconstitucional que los padres, después de haber cumplido durante gran parte de su vida con su deber de proteger a sus hijos, disfruten de una plena libertad de testar para poder decidir dejarle sus bienes a las personas que les dicte su afecto. Señalamiento que se valida en la propia existencia de aquellos Derechos civiles forales que promueven la libertad testatoria, los cuales resultan ser compatibles con la CE de 1978, al igual que el resto de las diversas regulaciones de la herencia que existen en los territorios españoles.<sup>138</sup> Sobre este asunto,

---

Universidad de Murcia, 1ª edición, Murcia, 2004, pág. 4901; EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., Sucesión «Mortis Causa» de la Familia Recompuesta (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria), *op. cit.*, pág. 36.

<sup>137</sup> A pesar de concluir que la legítima material no es estrictamente exigible por la carta magna, al entender que solo constituye uno de los medios viables para hacer cumplir el mandato del texto constitucional de proteger a la familia (art. 39 de la CE), TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P., *La Libertad de Testar: El Principio de Igualdad, la Dignidad de la Persona y el Libre Desarrollo de la Personalidad en el Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, págs. 139 – 141, estiman que la Constitución sí requiere, por lo menos, que el legislador reconozca la vertiente formal de dicha institución. Fundamentan su criterio, principalmente, en el hecho de que en España existen diversos ordenamientos civiles forales en los cuales se ha permitido que la legítima no tenga contenido económico. Circunstancia que pone en cuestionamiento el planteamiento de que estas normas son contrarias a la CE de 1978. Para MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M<sup>a</sup>., «Legítima Material y Legítima Formal», *op. cit.*, pág. 498, es completamente debatible el planteamiento de que la legítima, tanto la material como la formal, no pueda suprimirse, por virtud de la CE de 1978. Más aún, considerando que a través de la escueta legítima formal no se alcanza cumplir con la exigencia de protección a la familia que requiere el art. 39 de la CE de 1978. (Examinar, además, las págs. 500 – 501 para conocer la distinción entre legítima material y formal).

<sup>138</sup> Por ejemplo, en el Derecho civil común rige la legítima material necesaria junto con una libertad de testar restringida absolutamente en el primer tercio de la herencia, una limitada en el segundo tercio y una absoluta en el tercer tercio. En contraste con alguno de los diversos Derechos civiles forales que gozan de una mayor libertad de disponer, tales como el Fuero Nuevo de Navarra, que se basa en la legítima foral formal y sin contenido material (Ley 267), con excepción del caso de los hijos de anterior matrimonio, que no podrán recibir de sus padres menos de lo que perciba el más favorecido de los hijos o cónyuge de posterior matrimonio, y de la reserva del bínubo a favor de los hijos del anterior matrimonio o de los descendientes de estos (Leyes 272 y 274), y el Fuero de Ayala, uno de los territorios del país Vasco en el que se promueve la libre disposición *mortis causa* de los bienes mediante el apartamiento, expreso o tácito, que es un mecanismo a través del cual el causante, sin requisito alguno de fórmula ritual o solemne, sino solo por el ejercicio de su libertad dispositiva,

contundentemente, se ha expresado que «[n]o hay, evidentemente, un “modelo constitucional” de Derecho de sucesiones que haya de imponerse al Código civil[...], lo que] [...] definitivamente [se demuestra], por si hiciera falta, [mediante] la pluralidad de modelos existentes en los Derechos civiles autonómicos». A lo que se añade que, «[q]uien quiera argumentar a favor o en contra, [...], de las sustituciones fideicomisarias, el testamento mancomunado, los pactos sucesorios, el orden de suceder abintestato o la existencia y consistencia de las legítimas no podrá acudir útilmente a la Constitución, al menos en la medida en que estas instituciones están reguladas divergentemente en los Derechos civiles españoles».<sup>139</sup>

---

puede elegir de entre todos los legitimarios, hijos o descendientes en cualquier grado y cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho, a aquel o aquellos a los que les va atribuir la legítima colectiva y sin contenido material, ya que puede variar entre poco o mucho (arts. 47, 48, 89 y 90). EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., Sucesión «Mortis Causa» de la Familia Recompuesta (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria), *op. cit.*, págs. 36 – 38; Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV), BOPV núm. 124, de 3 de julio de 2015, BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015, última revisión del 3 de octubre de 2015; Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, BOE de 7 de marzo de 1973, corrección de errores en el BOE de 30 de mayo de 1974, Modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, BOE núm. 134, de 5 de junio de 1987, última revisión del 15 de julio de 2016, que aclara que solo son legitimarios los hijos del causante y en defecto de estos los descendientes de grado más próximo; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2004, págs. 25 - 26; GIL RODRÍGUEZ, J., «Epígrafe IV: “La Inconsistencia de la Legítima en el Valle de Ayala” del Capítulo 50: La Sucesión Forzosa en el País Vasco», *op. cit.*, págs. 730 – 758, esp. 745; TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P., *La Libertad de Testar: El Principio de Igualdad, la Dignidad de la Persona y el Libre Desarrollo de la Personalidad en el Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, págs. 140 – 141; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Autonomía Privada y Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 520; BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, *op. cit.*, págs. 531 - 533; VAQUER ALOY, A., «Reflexiones sobre una Eventual Reforma de la Legítima», *op. cit.*, pág. 14, «“Epígrafes I al XX” del Capítulo 47: La Legítima en Cataluña», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo II...*, *op. cit.*, pág. 548; PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A., «Legítimas, Libertad de Testar y Transmisión de un Patrimonio», *op. cit.*, págs. 19 – 20, 61 – 62, 500 y 537; STSJ de Navarra, núm. 12 de 18 de septiembre de 2013, Sala Civil y Penal, Sección 1<sup>a</sup>, (RJ 2014/1559), en la que los límites a la libertad de testar fueron extendidos, también, al supuesto en el que el causante, teniendo hijos de un matrimonio precedente, benefició más a su pareja de hecho estable, por mantener una convivencia permanente y habitual, o a los hijos de esta; STSJ de Navarra, núm. 11 de 9 de septiembre de 2014, Sala Civil y Penal, Sección 1<sup>a</sup>, (RJ 2014/5741); SAP de Álava, núm. 4, de 14 de enero de 2004, Sección 1<sup>a</sup>, (JUR 2006/228524), en relación con la norma derogada Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco, pero aplicable al nuevo estatuto LDCV porque la controversia tenía que ver con la figura del apartamiento tácito, que permanece en la mencionada nueva legislación y respecto a la cual se determinó que no requiere de fórmulas solemnes. Para conocer más sobre la legítima en Navarra y en el País Vasco, puede consultarse: GALICIA AIZPURUA, G., «Epígrafes I, II y III del Capítulo 50: La Sucesión Forzosa en el País Vasco», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo II (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) M<sup>a</sup> del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2<sup>a</sup> edición, Navarra, 2016, págs. 697 – 730, esp. 705, 709 – 711 y 714 – 717; HUALDE MANSO, T., «“Epígrafe II: La Legítima en el Derecho Civil de Navarra” en el Capítulo 49: La Legítima en Galicia y en Navarra», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo II (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) M<sup>a</sup> del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2<sup>a</sup> edición, Navarra, 2016, págs. 671 – 695, esp. 685 - 695.

<sup>139</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, J., «¿Qué Reformas cabe esperar en el Derecho de Sucesiones del Código Civil? (Un Ejercicio de Prospectiva)», en *Nul: Estudios sobre Invalidez e Ineficacia*, núm. 1, 2009, pág. 2.



De las dos tendencias doctrinales discutidas, nosotros estamos de acuerdo con la segunda. La figura jurídica de la legítima y su principio de intangibilidad cualitativa, e incluso su principio de intangibilidad cuantitativa, no son indisponibles ante el legislador porque no forman parte ni del contenido general, ni mucho menos del esencial del derecho constitucional a la herencia consagrado en el art. 33 de la CE de 1978. De manera que los diversos modelos sucesorios contenidos en los ordenamientos civiles españoles, común y autónomo o foral, no serán contrarios a la CE de 1978 en la medida en que a través suyo se proporcione cumplimiento a la esencia del derecho a la herencia, que, como mencionado y en cuanto a su ámbito individual, no es otra que la libertad del causante de disponer, en alguna medida, de su caudal hereditario y de proveer protección y solidaridad familiar intergeneracional *post mortem*, específicamente con relación a los descendientes, al cónyuge y a los ascendientes, mediante la aplicación de diferentes instituciones jurídicas sucesorias.<sup>140</sup>

---

<sup>140</sup> No existe acuerdo en la doctrina en cuanto a si los Derechos sucesorios autonómicos cumplen o no con el contenido esencial del derecho constitucional a la herencia (art. 33 de la CE). De una parte, en su creencia de que la CE de 1978 no impide la supresión de la institución legitimaria, MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M<sup>a</sup>., «Legítima Material y Legítima Formal», *op. cit.*, pág. 498, luego de analizar el Fuero Nuevo de Navarra de 1973, *supra.*, que no reconoce como legitimarios a los ascendientes ni al cónyuge viudo y que a los descendientes, a pesar de designarlos como tales, les limita su derecho a una legítima formal que consta de «...cinco sueldos “febles” o “carlines” por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles...» y que, incluso, puede ser otorgada de forma colectiva, concluye que este estatuto podría ser constitucional porque a través de su texto se provee no solo una mayor libertad dispositiva *mortis causa*, sino que se cumple con satisfacer el requisito de protección a la familia. Respetándose, así, el contenido esencial del derecho a la herencia tutelado por la CE de 1978. En concreto, entiende que son varios los elementos característicos del estatuto de Navarra en los que se podrían sostener su constitucionalidad. Primero, la regulación navarra le otorga una amplia salvaguarda al cónyuge supérstite a través de la figura jurídica del usufructo vitalicio de fidelidad. Segundo, garantiza que los hijos del anterior matrimonio no reciban menos que el hijo más favorecido de ulterior matrimonio. Tercero, la legítima foral navarra provee protección a los hijos en cuanto a los errores e imprevisiones del testador. Enumeración a la que se podría añadir el establecimiento del mecanismo de la reversión de bienes a favor de los ascendientes, que no es otra cosa que el derecho a recobrar aquello que le donaron a sus descendientes. Todos siendo límites a la libertad de disposición por causa de muerte. A lo que se adiciona que los descendientes, el cónyuge y los ascendientes forman parte, además, del orden sucesorio en una sucesión legal. Los dos primeros respecto a los bienes no troncales y el último respecto a estos y los que sí lo son. (Véase: Leyes 253 – 269, 272, 274, 279 – 280, 300 - 307 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, *supra*). De otra parte, ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, *op. cit.*, págs. 68 – 70, 75 – 89, opina que el contenido del derecho a la herencia del art. 33 de la CE de 1978 está configurado por la tensión que existe entre el fallecido, sus parientes más cercanos y el Estado. Entendiendo, al parecer, que como parte de la función social de este derecho constitucional se encuentran el Estado, ya sea como heredero *ab intestato* o mediante el impuesto sucesorio, y la legítima, que sirve de límites a las facultades dispositivas del causante. Enfoque que le lleva a concluir que las legislaciones sucesorias de ciertas Comunidades Autónomas, como por ejemplo la de Navarra, Aragón, Galicia, País Vasco y en especial el territorio de Ayala, podrían ser inconstitucionales, en la medida en que suprimieron o redujeron excesivamente la legítima, le asignaron a esta un carácter colectivo o asistencial, excluyeron a ciertos legitimarios de su disfrute o denominaron como tales a personas nuevas. Proceder legislativo que, desde su perspectiva, es contrario a la exigencia constitucional del art. 33.2 de la CE de 1978 de satisfacer las necesidades resultantes de la función social de la herencia. Requerimiento que sí se cumple con la institución legitimaria. Criterio que nos lleva a pensar que para este autor la legítima sí es parte del contenido esencial del derecho constitucional a la herencia. Considera, además, que la mayoría de las legislaciones sucesorias autonómicas parecieran infringir el art. 149.1.8 de la CE de 1978, que le atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la materia de legislación civil, «...sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales y especiales, allí donde existan». Ya que la legislación sobre el Derecho de sucesiones, y otras materias, nueva y separada de la anterior, que generaron algunas de las Comunidades Autónomas, con una perspectiva

autonomista que ya no foralista, vincula no solo «...a las personas que tengan vecindad civil de los territorios españoles con Derecho propio, sino a cuantos residan en el territorio de la Comunidad legisladora...». Como evidencia de la alegada desconexión histórica, presenta las expresiones que hizo ALONSO MARTÍNEZ entorno a la falsedad de que en Navarra, históricamente, todos tenían libertad de testar. En concreto, este autor señaló: «Si en 1873 [...] afirmé que en todos los pueblos antiguos y modernos la institución de la propiedad ha tenido y tiene un carácter eminentemente familiar, ahora debo añadir que Navarra está muy lejos de ser una excepción, no obstante ese decantado absolutismo del derecho de testar. Porque no es cierto que este derecho no tenga en Navarra grandes trabas y limitaciones, engendradas en el principio de la familia; como no es tampoco exacto que la libertad, defendida hoy con tesón por los navarros, sea una veneranda costumbre inmemorial. Su antigüedad no es tan remota que se pierda en los antros oscuros de la historia, a donde no alcance la crítica histórica ni la memoria de los hombres. Ahí está, como testimonio vivo y elocuentísima protesta a favor de la familia, el texto mismo del fuero de Navarra, que reconoce y consagra, expresa y solemnemente, las legítimas de los hijos. Si andando el tiempo desapareció este sistema, que era el verdaderamente *popular y tradicional*, y las legítimas quedaron reducidas a una simple *menCIÓN honorífica* de los hijos no herederos, debióse [sic] esto, no a un interés general, sino a un *privilegio de clase*, transformado, al fin, en un derecho común. Más claro, el fuero no permitía a los labradores y villanos disponer de sus bienes raíces, los cuales debían pasar a los hijos, con testamento o sin él. Sólo permitía la libre testamentifacción a los infanzones, con la mira puramente política de que no se extinguiesen las casas nobles, de manera que esta institución jurídica, así como la del usufructo foral, es decir, todo lo que [, a finales del XIX,] constituye la sustancia del derecho especial de Navarra y que esta provincia defiende como si fuera producto espontáneo del sentimiento popular, fue, en su origen, un *privilegio nobiliario* engendrado en el *egoísmo de una clase* que aspiraba a perpetuarse [...]. Bajo el imperio de las ideas modernas, desapareció la diferencia de condiciones sociales; sólo que en vez de quitar el privilegio a los infanzones, poniéndolos al nivel de los demás ciudadanos, prefirieron éstos subir hasta ellos y hacerse nobles y privilegiados». ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil en sus Relaciones con las Legislaciones Forales*, Tomo I (1884), en *Manuel Alonso Martínez: Vida y Obra*, (coords.) C. Rogel Vide, y C. Vattier Fuenzalida, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1991, págs. 1193 – 1194. (Véase, también, MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Libro III. Título III: De las Sucesiones, Parte III: Juicio Crítico de las Reformas Hechas por el Código Civil en Materia de Sucesiones, Sección 1ª, Sucesión Testada», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo V, Imprenta de la Revista de Legislación, 3ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1910, págs. 289 – 290, citando a ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil en sus Relaciones con las Legislaciones Forales*, Tomo I, Ed. Biblioteca Judicial, Establecimiento Tipográfico de P. Núñez, Madrid, 1884, págs. 106 - 107).

Por nuestra parte, y sin entrar a examinar ni estudiar en detalle la variedad de estatutos autonómicos sobre el Derecho de sucesiones y su respectivo desarrollo histórico, pues excede de este trabajo que se centra en el CC común, pensamos que podría ser discutible la constitucionalidad de algunos de ellos porque parecen ser contrarios al contenido esencial del derecho constitucional a la herencia. Específicamente, nos referimos: (1) a la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, DOG núm. 124, de 29 de junio de 2006, BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2006, última modificación el 23 de julio de 2012; (2) al Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, BOA núm. 63, de 29 de marzo de 2011; (3) a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, *supra.*; y (4) a la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, *supra.* Estos estatutos coinciden en que en la sucesión testamentaria no se le confieren derechos hereditarios a los ascendientes a través de ninguna institución jurídica sucesoria, excepto en el caso de Navarra donde la reversión de bienes a su favor se establece como un límite a la libertad de testar y que en algunos territorios del País Vasco se le conceden derechos troncales. Otra particularidad de la legislación de Navarra es que la atribución asignada a los descendientes no es material, sino formal. Y que en el caso específico del territorio de Ayala, que ubica en el País Vasco, el propietario tiene una plena libertad dispositiva *mortis causa*.

Es cierto que en el texto constitucional, concretamente en la oración inicial de su Disposición Adicional Primera, se manifiesta un amparo y respeto general por los derechos históricos de los territorios forales. Incluso, pudiera entenderse que, en términos especiales, el art. 149.1.8 de la CE de 1978 le concede a las Comunidades Autónomas competencia para conservar, modificar y desarrollar sus respectivos Derechos civiles forales, siempre que los hubieran tenido previo a la aprobación de la CE de 1978. A pesar de ello, en la segunda oración de la Disposición Adicional Primera de la CE de 1978 se enfatiza que el ejercicio de esta potestad de actualizarlos debe ser armónico con el texto y el espíritu de la Ley suprema. Circunstancia que ha sido confirmada por el TC con las siguientes expresiones: «...la idea de derechos históricos no puede considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias. Lo que la Constitución ha venido a amparar y respetar no es una suma o agregado de potestades, facultades o privilegios, ejercidos históricamente, en forma de derechos subjetivos de corporaciones territoriales, susceptibles de ser traducidos en otras tantas competencias de titularidad o ejercicio respaldadas por la Historia. Como resulta de la propia

No varía nuestra conclusión el hecho de que uno de los elementos que integran el núcleo esencial del ámbito individual del derecho a la herencia es la posibilidad que tienen los descendientes, en su caso, los ascendientes y el cónyuge del causante a participar de su caudal hereditario, es decir, la exigencia de protección y solidaridad a la familia. Ya que esta posibilidad no implica que estos miembros de la familia tengan un derecho constitucional sobre una porción específica, concreta e invariable de bienes hereditarios. La legítima, y los principios en los que se fundamenta, solo constituye el instrumento técnico jurídico que el legislador utiliza para posibilitar el derecho constitucional a la herencia.<sup>141</sup> Significa que el legislador pudiera utilizar otro mecanismo, o diversos, para viabilizar el derecho constitucional a la herencia, siempre que al hacerlo no lesione su contenido esencial.<sup>142</sup> En

---

dicción del párrafo segundo de la Disposición adicional primera C.E., lo que se viene a garantizar es la existencia de un régimen foral, es decir, de un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es, de “su foralidad”, pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente la hayan caracterizado. La garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar, tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder, la imagen identificable de ese régimen foral tradicional». STC (Pleno), núm. 76 de 26 de abril de 1988, *supra*. Véase, además, STC (Pleno), núm. 123 de 18 de diciembre de 1984, (RTC 1984/123).

<sup>141</sup> VAQUER ALOY, A., «Reflexiones sobre una Eventual Reforma de la Legítima», *op. cit.*, pág. 14; PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A., «Legítimas, Libertad de Testar y Transmisión de un Patrimonio», *op. cit.*, págs. 19, 62, 500 y 537; CAÑIZARES LASO, A., «Legítimas y Libertad de Testar», *op. cit.*, pág. 263; TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P., *La Libertad de Testar: El Principio de Igualdad, la Dignidad de la Persona y el Libre Desarrollo de la Personalidad en el Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, págs. 139 – 140; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Autonomía Privada y Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 522.

<sup>142</sup> Sin entrar a debatir sobre este asunto, por exceder nuestra investigación, quisiéramos puntualizar que es nuestro parecer que la legítima, y sus principios de intangibilidad cualitativa y cuantitativa, es una institución completa, integral y concienzudamente elaborada, que ha servido y sirve muy bien al cumplimiento de la finalidad de la disciplina del Derecho sucesorio. Aunque, favorecemos que la porción de legítima a la que tienen derecho los descendientes, dentro del marco del Derecho civil común, sea reducida, que los derechos sucesorios del cónyuge se amplíen de manera más significativa y que el de los ascendientes solo se extienda al padre, la madre y los abuelos. En cambio, no estamos de acuerdo con un sector de la doctrina que pretenden sustituir la figura jurídica de la legítima por un Derecho sucesorio de alimentos, fundamentado en la necesidad por razón de minoridad, de alguna discapacidad o incapacidad, o por motivo de problemas económicos. En fin, por considerar que es una restricción menos rígida, más flexible y consistente con un sistema de mayor libertad de testar. Es nuestro criterio que, en términos generales, el derecho de alimentos, que puede darse a favor de personas que tienen vínculos matrimoniales o de parentesco, se debe ante la circunstancia de la minoridad o de la necesidad y es de carácter temporal. Mientras, la legítima, que se justifica en la conexión que existe entre familia y herencia, se debe siempre, exista o no necesidad y sea el beneficiario menor o mayor de edad, y su naturaleza es permanente. (Entre los autores que, desde mucho tiempo antes, han apoyado el planteamiento de que existe una distinción evidente entre estas dos instituciones jurídicas, se encuentran ALONSO MARTÍNEZ, M., «Estudios sobre el Derecho de Propiedad», (Memoria leída ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas en 1874), en *Manuel Alonso Martínez: Vida y Obra*, (coords.) C. Rogel Vide, y C. Vattier Fuenzalida, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1991, pág. 1006; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Libro III, Título III, Sección 5<sup>a</sup>: De las Legítimas», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4<sup>a</sup> edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, págs. 216 – 217; ROGEL VIDE, C., *El Derecho a la Herencia en la Constitución*, *op. cit.*, págs. 93 – 94). [Para mayores detalles sobre la propuesta doctrinal mencionada, con la que discrepamos, y sus diversas concepciones y fundamentos, puede verse: CALATAYUD SIERRA, A., «Consideraciones Acerca de la Libertad de Testar», *op. cit.*, págs. 249, 251 – 255 y 259 – 263, que propone una plena libertad de disposición para el causante, restringida por un derecho de alimentos a cargo de la herencia, donde la persona obligada al pago será aquella que, en vida o por causa de muerte, hubiera recibido del causante un beneficio a título gratuito y los alimentistas serán los descendientes y el cónyuge sobreviviente

otras palabras, será el legislador estatal, o autonómico, en el caso de que la Comunidad Autónoma cuente con Derechos civiles forales o especiales (art. 149.1.8 de la CE), el que defina: (1) el título en cuya virtud será atribuido el derecho de estos familiares; (2) hasta que grado dentro del grupo parental de descendientes y ascendientes, respectivamente, será aplicable el derecho; (3) si respecto a estas dos clases de parientes se tratará de un derecho colectivo, cuya aplicación distributiva dependerá exclusivamente del causante, o individual; (4) el orden sucesorio aplicable; (5) la consecuencia jurídica de la concurrencia de distintos miembros de la familia; (6) la extensión cuantitativa de lo que percibirán; (7) la calidad y forma de lo que recibirán, es decir, si su derecho le será abonado en bienes hereditarios, en extrahereditarios o en ambas modalidades y si al mismo se le podrá, o no, imponer

---

que se encuentren en necesidad y que hubieran tenido derecho a alimentos si su padre o madre continuara viviendo. Pudiéndosele conceder, además, a este último un derecho de habitación vitalicio sobre la vivienda conyugal. Para fijar el límite máximo de la cuantía de los alimentos se tomará en consideración tres aspectos: (1) lo que el alimentante percibió del causante; (2) lo que el alimentista recibió de este; (3) y su nivel de necesidad. El derecho a la prestación alimentaria *mortis causa* procederá aunque la necesidad se manifieste después de la muerte del causante y tendrá un término de vigencia de 20 años, a partir de la muerte del causante. Dicha obligación no se extinguirá con la muerte del alimentante, sino que pasará a sus herederos; DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, P., «Perspectiva de la Legítima. Notas para una Posible Revisión», *op. cit.*, pág. 1116, al entender que las limitaciones deben estar justificadas, sugiere «...un sistema de desaparición de las legítimas combinado con un sistema de alimentos respecto a los hijos o nietos que al fallecimiento del testador, estén en situación de pedirlos (esto conciliaría la libertad con esa obligación natural de alimentos)»; MAGARIÑOS BLANCO, V., «La Libertad de Testar. Una Reforma Necesaria», *op. cit.*, págs. 685 - 690, «La Libertad de Testar», *op. cit.*, págs. 25 - 29, favorece la libertad dispositiva *mortis causa* con el único límite de las obligaciones que imponen el ser padre o madre. De ahí que opine que en vez de la legítima lo que debe haber es una obligación de alimentos *post mortem* a favor de los descendientes menores de edad, que se podrá extender hasta los 26 años para culminar estudios universitarios. Además de beneficiarse de un derecho de habitación, como mínimo hasta la mayoría de edad, si convivían con el fallecido. Si el descendiente es discapacitado, los derechos se mantendrán hasta que finalice la discapacidad. Estos derechos podrán extenderse a los ascendientes mayores que convivían con el causante. El derecho de habitación, entonces, podría compartirse entre descendientes, ascendientes e incluso el cónyuge viudo, mientras no se vuelva a casar ni conviva maritalmente con otra persona. Este, también, podrá reclamar alimentos, durante un plazo mínimo, si al fallecer su cónyuge se encontraba en una situación de necesidad. Igualmente, si estaba discapacitado al morir el causante. Véase, además, BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, *op. cit.*, págs. 483 - 499, 531, 533 - 536, 538 - 583, 585 - 596], «Atenuar la Rigidez de la Legítima», en *R.D.A.C.M.*, núm. 21, 2007, págs. 9 - 11 y 13 - 16; VALLADARES RASCÓN, E., «Por una Reforma del Sistema Sucesorio del Código Civil», *op. cit.*, págs. 4901 - 4902; MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M<sup>a</sup>, «Legítima Material y Legítima Formal», *op. cit.*, pág. 498, en su creencia de que eliminar el sistema legitimario no sería inconstitucional, comenta que sería válido suprimir la legítima del Derecho común, siempre que se mantengan «...ciertas garantías de carácter formal en favor de los hijos y, al menos, un derecho de alimentos con cargo a la herencia»; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Una Propuesta de Política del Derecho en Materia de Sucesiones por Causa de Muerte, Segunda Parte: Objetivos de una Reforma del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 128 - 129, también, es partidario de la supresión total de las legítimas y de su sustitución «...por unas limitaciones a favor del cónyuge, determinados parientes e incluso otros allegados en razón de sus relaciones anteriores con el difunto, sus necesidades vitales y en la forma en que quedan afectados por el fallecimiento. En definitiva, un sistema de atribuciones necesarias a cargo de la herencia con función asistencial o retributiva, que tuviera también en cuenta la función social de algunos bienes, señaladamente la vivienda». Sin embargo, como piensa que las legítimas tienen una gran carga simbólica, considera que sería «... más fácilmente asumible una reforma de las legítimas que no cuestione el sistema, pero evite las disfunciones más graves. Se trataría, entonces, de reducir cuantitativamente la legítima de los hijos (la de los ascendientes cre[e] que debería desaparecer como tal en cualquier caso), además de configurarla como derecho a un valor, no a unos bienes, que puede satisfacerse por cualquier título»; y PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A., «Legítimas, Libertad de Testar y Transmisión de un Patrimonio», *op. cit.*, págs. 17, 61 - 62, 498 y 537, que coincide más con lo señalado por DELGADO ECHEVARRÍA.

gravámenes, condiciones o sustituciones; y (8) si le proveerá mayor libertad testamentaria al causante aunque ello implique que se reduzcan los beneficios hereditarios de sus parientes cercanos, o viceversa. Siempre recordando que al hacer la debida ponderación de estos factores deberá estar pendiente de no violentar el contenido esencial del derecho a la herencia.

De ahí que resulte apropiado y, por ende, conforme con la CE de 1978 que el legislador elabore normas que posibiliten que la legítima pueda pagarse en efectivo no hereditario, y, en ocasiones concretas, hasta gravarla, para ampliar y facilitar la forma en que el testador puede distribuir sus bienes y derechos, evitar los conflictos familiares debido a la partición y liquidación de la herencia, conservar la explotación económica, mantener la integridad física del bien y proteger a un descendiente incapacitado o legitimario discapacitado, sin que se afecten los derechos de los acreedores, es decir, manteniendo la seguridad jurídica. Sin duda, todos estos objetivos contribuyen tanto a la estabilidad familiar como a la económica y social. Este proceder legislativo, aunque tiene carencias por la ausencia de un análisis integral de la materia sucesoria y su relación funcional con otras disciplinas, cumple con crear un balance armónico entre la conservación y el respeto a las bases esenciales y tradicionales que fundamentan el Derecho de sucesiones y el desarrollo de figuras jurídicas innovadoras y adaptadas a la nueva realidad social que se presenta.<sup>143</sup>

Entonces, siempre que exista un interés social, familiar o económico que el legislador desee atender será tangible, al menos en términos cualitativos, la legítima del CC. Así, el legislador ha optado por adecuar el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima a la realidad en la cual será aplicado. Para que este sea vulnerado, un interés superior resulta ser suficiente justificación. Desde nuestra perspectiva, tal realidad no constituye la desnaturalización<sup>144</sup> de la legítima y su principio de intangibilidad cualitativa, sino más bien su evolución para resolver, de forma coherente con los tiempos, con la propia concepción evolutiva de la CE de 1978, y el orden económico vigente, problemas que preocupan al testador, al Estado y a la comunidad en general.

---

<sup>143</sup> Véase: VALVERDE, C., «El Estado y las Sucesiones», *op. cit.*, págs. 527 - 528.

<sup>144</sup> PÉREZ RAMOS, C., «Capítulo 6: La Autonomía de la Voluntad en las Sucesiones y la Libertad de Testar», *op. cit.*, págs. 108 – 109 y nota 5, entiende que las nuevas formas de abonar la legítima solo han tenido el efecto de dulcificar su principio de intangibilidad cualitativa, resultado que es totalmente lógico con el sistema sucesorio del Derecho civil común, que está fundamentado en una libertad de testar frenada por la institución legitimaria. Enfoque que guarda sentido con el principio de que el testamento debe ser reflejo de la voluntad del testador.

## CONCLUSIÓN

Como se ha evidenciado, el derecho constitucional a la herencia siempre ha sido concebido por los constituyentes como un derecho fundamental. Visión que se mantuvo durante todo el proceso deliberativo entorno al Anteproyecto de la Constitución y que se hizo formar parte del documento que finalmente se convirtió en lo que hoy día es la Ley suprema de España. La única variación conceptual que los constituyentes asumieron respecto al derecho a la herencia fue que este no era un derecho fundamental tradicional, estrictamente individual o subjetivo. Si bien contaba, también, con tal carácter, su vertiente predominante era la colectiva u objetiva. Es decir, su cualidad como institución de Derecho sucesorio.

Siendo un derecho fundamental, el legislador está impedido de alterar de forma negativa o positiva, es decir, a través de su actuación o inacción legislativa, aquellas cualidades del Derecho de sucesiones que históricamente lo han hecho identificable ante la sociedad, que están influenciadas por los valores sociales y democráticos del Estado de Derecho español y que se han ido construyendo y desarrollando como consecuencia de la evolución histórica. Se trata, en definitiva, de aquellos intereses jurídicos que constituyen el sentido y lo más importante y característico de este derecho a la herencia que está protegido constitucionalmente. En una sola expresión, por tratarse de un derecho fundamental, el legislador está imposibilitado de vulnerar su contenido esencial.

La tradición histórica ha desvelado que desde siempre el Derecho de sucesiones ha estado relacionado con el Derecho de propiedad y el de familia. Tanto así, que en su contenido, general y esencial, aunque con ciertas variaciones, están presentes elementos característicos de ambas instituciones civiles. Dentro de la vertiente individual de su contenido general se encuentra la posibilidad de los miembros de la familia del causante a heredarle y la que este tiene de transmitir *mortis causa* sus bienes y relaciones jurídicas no personalísimas al sucesor o sucesores que desee, respetándose así la libertad dispositiva del propietario, al hacerla extensiva aun después de su muerte, que está, igualmente, relacionada con la libertad de empresa, ambos derechos reconocidos constitucionalmente (arts. 33.1 y 38 de la CE de 1978). Mientras, su ámbito social puede estar conformado, de una parte, por la figura del Estado, en representación de la sociedad española, ya sea como beneficiario de la herencia, en el caso de que el fallecido no tenga parientes cercanos que lo puedan suceder en su patrimonio hereditario, o mediante el mecanismo del impuesto sucesorio. De otra parte, esta vertiente puede manifestarse, a su vez, mediante la aprobación de estatutos dirigidos a desarrollar y reforzar la función social del derecho a la herencia.

Significa que, conforme al art. 33.2 de la CE de 1978, la función social cumple la tarea dual de ser parte integrante del contenido general y esencial del derecho constitucional a la herencia, además de constituir el elemento determinante encargado de delimitar su contenido general y en concreto el ámbito individual del mismo. Delimitación que resultará en la fijación de la porción fundamental de esa vertiente individual, que pasará a formar parte del núcleo o contenido esencial de la institución del Derecho de sucesiones que no podrá ser menoscabado por el legislador. Como hemos argumentado, se trata del respeto a una libertad de testar razonable y a la posibilidad del cónyuge, los descendientes y los ascendientes de suceder al causante en su caudal relicto.

Es verdad que hoy día la sociedad ha evolucionado de una rural a una urbana y que, por lo mismo, la familia no se mantiene físicamente unida para cultivar y explotar la finca en beneficio de su subsistencia, sino que cada integrante opta por independizarse para alcanzar su propio desarrollo individual y económico. Sin embargo, socialmente, todavía, se concibe que el Derecho de sucesiones tiene como distintivo característico ser el mecanismo a través del cual, si bien el causante ejerce su libertad dispositiva *mortis causa*, su cónyuge, sus descendientes y sus ascendientes deben tener la posibilidad de beneficiarse de su patrimonio hereditario porque entre este estricto grupo, por lo general, sí persiste una conexión anímica, afectiva o de gratitud por haber contribuido a su progreso personal, profesional y económico. Enfoque que, en términos generales, hemos justificado en el análisis combinado de los arts. 10.1, 32.1, 33, 35.1, 38, 39, apartados 1 al 3, 50 de la CE de 1978, es decir, tanto en principios rectores como en derechos fundamentales, del art. 17.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007 y de otros preceptos contenidos, también, en diferentes documentos internacionales que son parte, igualmente, del ordenamiento interno.

La legítima y sus principios de intangibilidad cualitativa y cuantitativa no forman parte del contenido esencial del derecho constitucional a la herencia. En el Derecho civil común este fue el medio principal que el legislador decidió utilizar para hacer viable este derecho fundamental, que busca que la propiedad y las relaciones jurídicas transmisibles persistan, con especial interés entre sus familiares más cercanos con los que mantiene una estrecha relación, más allá de la muerte de su propietario para así poder proporcionarle seguridad jurídica al país. De ahí que para el legislador no resulte indisponible el sistema legitimario y que no se pueda catalogar como inconstitucional la tendencia normativa dirigida a suavizar la intangibilidad cualitativa de la legítima, al permitir que su abono pueda realizarse en metálico y, en ciertas circunstancias, hasta gravado, para así poder ampliar la autonomía de la voluntad del causante.

Estas normas que flexibilizan el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, que en su mayoría serán discutidas en este trabajo, son positivas porque favorecen a la economía y a la sociedad, al permitir, por ejemplo, que se preserve la empresa o la indivisibilidad de ciertos bienes, y a la familia, en la medida en que se facilita la distribución del patrimonio hereditario, evitándose así discordias familiares, y se beneficia, particularmente, a aquellos parientes cercanos que padecen de algún impedimento físico o mental que les dificulta valerse por sí mismos. Esta predisposición legislativa no puede verse como la desnaturalización de la institución de la legítima y de su intangibilidad cualitativa. Más bien, representa su evolución y adaptación a las nuevas realidades y necesidades sociales, consecuencia claramente armónica con el derecho constitucional y fundamental a la herencia, pues no solo contribuye al fortalecimiento de su vertiente social, sino que al hacerlo no vulnera la esencia de su ámbito individual.





## CAPÍTULO II

### Evolución Histórica y Esencia Jurídica de la Institución de la Legítima y de uno de sus Principios: La Intangibilidad Cualitativa

**Sumario:** Introducción; § 1 La Legítima y su Principio de Intangibilidad Cualitativa en el Derecho Romano: A. Derecho romano primitivo, B. Derecho romano republicano, C. Derecho romano imperial, D. Derecho romano justiniano; § 2 La Institución Legitimaria en el Derecho Germánico; § 3 El Régimen Legitimario en el Derecho Visigodo; § 4 La Legítima y su Principio de Intangibilidad Cualitativa en el Derecho Castellano: A. Edad media, B. Edad moderna; § 5 La Legítima y su Principio de Intangibilidad Cualitativa en la Etapa Codificadora; § 6 La Naturaleza Jurídica de la Legítima; Conclusión

## INTRODUCCIÓN

La institución de la legítima puede definirse como aquella porción de bienes hereditarios que la ley reserva a favor de los denominados herederos forzosos del causante y que, consecuentemente, este se encuentra impedido de disponer de la misma en beneficio de una persona que no forme parte de esta clasificación. Se trata de la cuota legal a la que, ordinaria y principalmente, los descendientes, en ausencia de estos, los ascendientes y, en toda circunstancia, el cónyuge supérstite tienen derecho en la herencia del fallecido, siempre que no la hubieran recibido ya, mientras este estuviera vivo. Así surge, claramente, del art. 806 del CC, norma que implica tanto una limitación a la libertad dispositiva *mortis causa* del causante como a su facultad para hacer donaciones.<sup>145</sup>

Tratándose de un derecho legitimario que, como regla general, es inviolable e indisponible, el mismo está tutelado cuantitativa y cualitativamente por el principio de intangibilidad de la legítima. En cuanto al aspecto cuantitativo, su función es asegurar que el legitimario reciba el correcto valor de lo que por derecho le pertenece por su legítima individual. Si de todas formas al legitimario se le hubiera lesionado en la cuantía de su porción legal, en otras palabras, que se le hubiese atribuido menos de lo que legalmente le corresponde, este cuenta con una variedad de medidas protectoras que puede ejercitar a favor de su cuota hereditaria. Nos referimos, por ejemplo, a la acción de suplemento o complemento de legítima, en virtud del art. 815 del CC, a la acción de reducción de legados por inoficiosidad, según se posibilita a través de los arts. 817, 820 y 821 del CC, y a la acción

---

<sup>145</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2004, pág. 39; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Apuntes de Derecho Sucesorio (Posición y Derechos de los Legitimarios en el Código Civil)», en *A.D.C.*, volumen 4, fascículo 2, 1951, págs. 529 y 531.

de reducción de donaciones por ser inoficiosas, conforme se desprende de los arts. 636, 654, 656, 819 y 820 del CC.

En lo que respecta a su aspecto cualitativo, que es nuestro objeto de estudio aquí, el principio de intangibilidad impide que a los herederos forzosos se les deje su legítima de una forma distinta a la exigible. Es decir, supone el cumplimiento de la exigencia de que la legítima sea abonada con bienes hereditarios, según se dispone en el art. 806 del CC, y sin gravámenes, es decir, libres, conforme se obliga en el art. 813.2 del CC. Salvo en los casos, muchos de los cuales serán estudiados en los subsiguientes capítulos de este trabajo, en los que la ley haya exceptuado la aplicación de la vertiente cualitativa de este principio. Por ello, ante su vulneración los legitimarios tienen la facultad para exigir que su cuota legal les sea pagada en bienes hereditarios y en el caso de que se le hubiera abonado de esta forma, pero sujetos a gravamen, podrán optar por instar una acción de nulidad. En definitiva, el principio de intangibilidad de la legítima significa que esta, ordinariamente, es intocable, tanto respecto a su valor como a los bienes que la integran, específicamente a lo que se refiere a la calidad y forma en que estos son percibidos.

Como la legítima es una figura jurídica más del Derecho privado, esta, igualmente, es producto de la historia, es decir, su formación es consecuencia directa de los sucesos históricos y en concreto de la mezcla entre concepciones tan opuestas como la romana y germánica, y, a su vez, de la incidencia del Derecho precodicial.<sup>146</sup> De ahí que para comprender su nacimiento y consecuente evolución, sea preciso que volvamos a sus orígenes e investiguemos su desarrollo a través del tiempo y hasta el momento actual. Solo así tendremos la oportunidad de penetrar en la lógica de esta institución jurídica, con la ocasión de contrastar su estructura y funcionamiento vigente.<sup>147</sup> No perdamos de vista que las normas son consecuencia de la atemperación futura o actual de formas jurídicas que se fueron formando lentamente en el pasado.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Aclaraciones acerca de la Naturaleza de la Legítima», en *A.D.C.*, tomo XXXIX, núm. 2, Julio – Septiembre 1958, pág. 834; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 806», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 5831, *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, *op. cit.*, pág. 27. Véase, además, REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, Ed. Civitas, S.A., 1ª edición, Madrid, 1988, págs. 22 - 25.

<sup>147</sup> Véase: MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «“Quo Legítima Tangitur”: La Intangibilidad Cualitativa de la Legítima», Discurso leído el 15 de diciembre de 2014 en el acto de su recepción como académico de número, en *R.A.J.L.*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, pág. 23.

<sup>148</sup> PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», en *Estudios de Derecho Privado: Sucesiones*, tomo II, Ed. Aranzadi, S. A., 1ª edición, Navarra, 2009, pág. 151.

Por ello, la labor del jurista no puede ser otra que interpretar el Derecho en vigor, y en nuestro caso el de sucesiones, a través de su esencia histórica. Puesto que en un país el Derecho vigente casi nunca es reflejo total o absoluto del momento actual. Entre sus normas puede haber diferencias de tiempo, ya que además de aquellas que son fruto de la actual generación, también pueden converger reglas inventadas por juristas romanos o del siglo pasado. Ante ese panorama, la labor del estudioso del Derecho es doble. Por un lado, reconstituir el pensamiento del legislador moderno que se encargó de compilar la norma de la tradición existente. Por otro lado, reconstruir el raciocinio de aquel que la expresó en su origen antiguo.<sup>149</sup>

Valga recalcar que la elaboración que presentaremos en torno al Derecho romano, germánico, visigodo e histórico de España no tiene la intención de agotar el tema ni de atribuirnos peritaje respecto al mismo. A través de esta, solo pretendemos contextualizar la figura jurídica de la legítima, en general, y, particularmente, su principio de intangibilidad.

Finalmente, examinaremos de forma general las distintas teorías doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la legítima. Enfatizamos que no nos adentraremos en un estudio detallado de esta compleja temática porque ello, por sí mismo, podría constituir una tesis doctoral. Nuestro único interés es presentar las posiciones a favor y en contra de cada una de ellas y a partir de la perspectiva mayoritaria que la concibe como *pars bonorum*, teoría que adelantamos es con la que estamos de acuerdo, examinar si las diversas normas que estudiamos en este trabajo han tenido un efecto en dicha naturaleza, en la medida en que tienen la consecuencia de incrementar la libertad testamentaria del causante. Más concretamente, el interés último de este tipo de acercamiento, junto con el histórico, es descifrar, en el transcurso de todo este trabajo, si la esencia de la legítima y, principalmente, la de su principio de intangibilidad cualitativa se mantiene o ha mutado, por el hecho de que las sucesivas reformas legislativas han requerido que este se adapte o más bien ceda para permitir que nuevas y apremiantes necesidades sociales, económicas y familiares puedan ser satisfechas.

---

<sup>149</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio. Estudios Dispersos Sobre Las Legítimas*. volumen III, Ed. Montecorvo, S.A., 2ª edición, Madrid, 1992, pág. 278, citando a Helmut Coing, «Savigny et Collingwood ou: Histoire et Interprétation du Droit», en *Archives de Philosophie du Droit*, 1959, págs. 1 y ss.

## § 1

### LA LEGÍTIMA Y SU PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUALITATIVA EN EL DERECHO ROMANO

Es imposible examinar la historia de la legítima abstrayéndonos de la libertad de testar del causante. Ya que la posibilidad de disponer *mortis causa* de los bienes hereditarios, al menos en el Derecho romano, fue precisamente el punto de partida de la evolución histórica de esta institución jurídica.

Como se observará, a través de los vaivenes históricos ambas figuras han convergido para tratar, en mayor o menor medida, de establecer un balance entre los derechos sucesorios de los potenciales sucesores del causante y la potestad que este tiene para distribuir sus bienes hereditarios de la forma que mejor entienda. Aspectos que, unidos al elemento de la función social, se hicieron formar parte del art. 33 de la CE de 1978, según discutimos en el anterior capítulo.

Devenir histórico que, conforme se advertirá, se inició con una total libertad de testar, que eventualmente se fue suavizando a favor de las personas con derecho a la legítima. Hasta llegar hoy día a la flexibilización de la institución legitimaria y de su principio de intangibilidad, más evidentemente respecto a su vertiente cualitativa y solo en cuanto a algún supuesto cuando se trata de su aspecto cuantitativo.

#### A. Derecho romano primitivo

La legítima romana viene a ser una reacción a la libertad absoluta de testar del causante, que se consagró a partir de la primera codificación conocida como la Ley de las XII Tablas (451 a 450 a. C.).<sup>150</sup> En la denominada fase patriarcal<sup>151</sup> de esta época arcaica, el

---

<sup>150</sup> POLO ARÉVALO, E. M<sup>a</sup>., «Concepto y Naturaleza Jurídica de la Legítima en Derecho Sucesorio Español: Precedentes y Actualidad», en *R.I.D.R.O.M.*, núm. 10, Abril – 2013, págs. 332 – 333; BERNAD MAINAR, R., «De la Legítima Romana a la Reserva Familiar Germánica», en *R.I.D.R.O.M.*, Abril 2015, págs. 2, 17 y 18, «La Porción Legítima en la Familia del Derecho Romano», en *R.C.D.I.*, núm. 750, Septiembre 2014, pág. 1766; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 806», *op. cit.*, pág. 5831, *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, *op. cit.*, págs. 28 y 78, «Comentario al Art. 813», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 5918 – 5919; PASCUAL QUINTANA, J. M., «La Desheredación en el Derecho Español: Su Desenvolvimiento Histórico», en *R.F.D.U.O.*, Vol. III-73, Año XVI, Junio 1955, pág. 247. En su Tabla V se incluía un sistema supletorio de sucesión en la que, entre otras cosas se establecía: « [...] 3. Tal como legase sus bienes, así sea derecho. 4. Si muere intestado quien no tiene derecho propio, tenga el patrimonio el agnado más próximo. 5. Si tampoco tiene agnado, tengan el patrimonio los gentiles. [...] 8. La Ley de las XII Tablas defiende al patrono la herencia del ciudadano romano liberto que hubiera muerto intestado y sin un heredero propio. Cuando la Ley [de las XII Tablas] habla del patrono y del liberto, dice: de esta familia, a esta familia. 9. Por la Ley de las XII Tablas el contenido de los créditos se divide de derecho en porciones hereditarias. Divididas de derecho, en virtud de la Ley de las XII Tablas, las deudas de la herencia según las porciones asignadas para cada uno [de los herederos]... 10. Esta acción (la de división de la herencia) procede de la Ley de las XII Tablas». RASCÓN

Estado estaba conformado por la familia, una institución conceptuada como un ente semipúblico que estaba sometido al régimen patriarcal, en el que el poder soberano recaía en un jefe absoluto. Los bienes no se concebían como patrimoniales o individuales, pues eran del colectivo familiar. De ahí que el patriarca de la familia no fuera dueño de los bienes familiares, sino más bien un administrador de la comunidad agnaticia, es decir, de aquellas personas que se encontraban bajo su potestad doméstica. Su función era comparable a la de un funcionario público o representante del colectivo familiar y no la de un propietario que además de gestionar los bienes, tiene potestad para disponer de ellos.

Este contexto de familia y propiedad, como siempre, impacta al Derecho de sucesiones y es, justamente, el motivo por el que no se suscitaba una sucesión en los bienes, sino solamente en el cargo de jefe doméstico. En otras palabras, con la muerte del *paterfamilias* lo que había que cubrir era su vacante como gestor familiar. Se trataba de una transferencia de poderes agnaticios y no una de bienes, pues estos pertenecían a la familia y constituía un conjunto patrimonial indisponible y vinculado. Por eso, previamente a su muerte y ante la asamblea familiar, el cabeza de familia debía ejercer su facultad de nombrar como heredero, derivado del latín *nomen heredis*, a aquella persona doméstica o necesaria que lo sucedería en su posición jurídica. Título que le confería la soberanía doméstica o el poder político sobre la familia, a la vez que impedía que esta se disolviera, manteniéndose cohesionada a través de la figura del nuevo jefe agnaticio. Razón por la que se debía cumplir con la exigencia de que este nombramiento recayera en un único heredero. En definitiva, en esta etapa el escogido como heredero era principal y primariamente un sucesor en la autoridad soberana sobre el grupo agnaticio o la *gens* y por lógica consecuencia, además, en los bienes familiares. Significaba que la herencia originaria, más que un medio para traspasar el patrimonio, era el instrumento por el que se materializaba la transferencia de soberanía familiar.<sup>152</sup>

En cuanto a la fase de transición de esta época arcaica, que igual que la anterior se regía por un Derecho civil consuetudinario basado en un conjunto de normas sociales procedentes

---

GARCÍA, C. y GARCÍA GONZÁLEZ, J. M<sup>a</sup>, Estudio Preliminar, Traducción y Observaciones de la Ley de las XII Tablas, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, S.A., 3ª edición, Madrid, 2003, págs. 8 – 13, incluyendo observaciones y explicaciones sobre los aludidos apartados en las págs. 77 – 79.

<sup>151</sup> Término que tiene que ver con la sumisión al padre de familia.

<sup>152</sup> ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano II: Obligaciones, Familia, Sucesiones*, Ed. Edersa, 18ª edición, Madrid, 1986, pág. 808; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, trad. de 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa, rev. por F. Campuzano Horma, Instituto Editorial Reus, 3ª edición, Madrid, 1965, págs. 554 - 555; PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, págs. 151 – 153 y 157. Véase, también, PASCUAL QUINTANA, J. M., «La Desheredación en el Derecho Español: Su Desenvolvimiento Histórico», *op. cit.*, págs. 228, 229 246, 247, 248 – 250 y 258; BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, *op. cit.*, págs. 46 - 48.

de los antepasados, el testador podía nombrar heredero de la potestad doméstica a uno de sus sucesores por derecho propio, lo que en latín se conoce como *heredes sui o sui heredes*<sup>153</sup>, para que bajo su exclusiva dirección se pudiera garantizar la cohesión y unidad del patrimonio y del grupo familiar o, lo que es lo mismo, se evitara la fragmentación del tronco gentilicio en tantas familias como herederos libres, de otro modo, quedarían designados. Siendo necesario para ello que desheredara al resto de herederos forzosos, ya que si omitía mencionarlos, es decir, los pretería, su última voluntad se entendía nula e ineficaz.

Aclarar, sin embargo, que esta modalidad abstracta y puramente formal<sup>154</sup> de desheredación, en la medida en que no requería que se fundamentara en una justa causa expresa y cierta, sino solo el cumplimiento de simples aspectos formales, no tenía el efecto de una sanción y más concretamente de privar a los *sui heredes* desheredados de su reconocido derecho a la titularidad de los bienes del patrimonio familiar, sino más bien significaba su exclusión de la cualidad de heredero y, por ende, de la jefatura doméstica. La lógica de lo expuesto se fundamentaba en que en esta fase el puesto del Estado estaba ocupado por la unión de familias que se hacía manifiesta mediante la modalidad corporativa familiar.<sup>155</sup>

El *testamentum calatis comitiis* era el instrumento adecuado en el que se incluía la aludida institución de heredero. Era una clase de testamento que se realizaba en momentos de paz, mediante una forma oral y pública celebrada ante el pueblo, que dos veces al año era convocado para reunirse en asamblea. Incluso, cumplía la función de proporcionarle al testador que no tuviera descendencia, mediante adopción, cuyo término en latín era *adrogatio per populum*, la oportunidad de nombrar a un heredero ficticio varón para que así pudiera garantizar la continuidad de la familia y la transmisión de los elementos religiosos. Mientras, en tiempos de guerra, y concretamente antes de irse para combate, el documento aplicable era

---

<sup>153</sup> Incluso hay quien lo denomina como *heres sui*.

<sup>154</sup> Según PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, pág. 158, el testador debía cumplir ciertos aspectos formales para poder desheredar a un *sui*. Si se trataba de la desheredación de un *filium in potestate*, únicamente podía hacerlo si lo nombraba especialmente (*nominatim exheredare*). En el caso de hijas y nietos por línea masculina, era suficiente que los desheredara grupalmente (*exheredatio inter ceteros*). Mientras, los nietos de línea femenina ni requerían ser desheredados ni tampoco forzosamente instituidos, porque esta exigencia solo procedía en cuanto a los *per virilem sexum descendantibus*. Véase, además, PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, Ed. Tirant lo Blanch, 5ª edición, Valencia, 2015, pág. 728; FUENTESECA DÍAZ, P., *Derecho Privado Romano*, Ed. E. Sánchez A. Gráficas, S. L., Madrid, 1978, págs. 541 – 542; PASCUAL QUINTANA, J. M., «La Desheredación en el Derecho Español: Su Desenvolvimiento Histórico», *op. cit.*, págs. 263 - 265; D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. EUNSA, 10ª edición, Navarra, 2004, pág. 339; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, *op. cit.*, pág. 643; BERNAD MAINAR, R., «De la Legítima Romana a la Reserva Familiar Germánica», *op. cit.*, págs. 12 – 13.

<sup>155</sup> PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, págs. 156 – 160.

el *testamentum in procinctu*, que también era una declaración oral, pero realizada ante el pueblo armado y preparado para salir a la batalla. Sobre su naturaleza, no existe acuerdo en cuanto a si este constituía un verdadero testamento que permitía que el testador pudiera ejercer la facultad de designar o crear un sucesor o si simplemente servía para transmitir las armas, el botín de guerra y otros bienes muebles, además de disponer una tutela a favor de los hijos impúberes, en anticipación de un posible fallecimiento en combate.<sup>156</sup>

Al pasar la concepción de la propiedad de una colectiva familiar a una mixta que incluía además de esta a la netamente individual, ello provocó que los bienes no se entendieran exclusivamente del ente familiar, aunque respecto a estos persistía una copropiedad entre los miembros de la familia. Implicaba que aunque la prefectura doméstica continuaba bajo la dirección del jefe agnaticio, aun en vida de este, cada uno de sus súbditos era un condómino, por lo que estos podían repartirse entre sí el patrimonio familiar, si a la muerte de su padre, este no había nombrado un heredero de entre sus *heredes sui*. De esta forma, quedaba sustituida la idea de propiedad como colectivo familiar con la de copropiedad familiar, donde cada *sui* tenía participaciones indivisas en el patrimonio. Ya que la desaparición del órgano gestor del patrimonio familiar propiciaba que los *sui*, al adquirir una cuota del patrimonio familiar, actuaran como dueños efectivos de los bienes de la familia, siempre que el padre no hubiera elegido heredero. Aunque lo usual era que tal nombramiento se realizara, porque al tratarse de patrimonios agrarios todavía influía la concepción colectiva familiar de la propiedad.<sup>157</sup>

Es importante destacar que la elección del heredero aún no se había transformado en un derecho privado del sucesor seleccionado. Como se ha expresado, la potestad de designar a un *sui* era del testador, pero al hacerlo este debía cumplir con las normas generadas por la costumbre. Si las incumplía, las curias, que carecían de la facultad para consentir la designación sino solo para recibirla, podían rechazar el nombramiento. Hay que tener

---

<sup>156</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «Reflexiones sobre el Origen de las Sucesiones en Roma. El Testamentum Calatis Comitibus y su relación con la Sucesión Intestada», en *R.I.D.R.O.M.*, núm. 11, Octubre 2013, págs. 225 – 235 y 244 - 247, «Sucesión Testamentaria e Intestada en el Primitivo *Ius Civile* Romano y en la Ley de las XII Tablas: Problemas, Orígenes y Evolución», en *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Juan José Rivas Martínez*, (dir.) A. Pérez-Bustamante De Monasterio, tomo I, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 710 – 713; ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano II: Obligaciones, Familia, Sucesiones*, *op. cit.*, págs. 820 – 821; BETANCOURT, F., *Derecho Romano Clásico*, Ed. Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, 4ª edición, revisada y aumentada, Sevilla, 2010, pág. 519.

<sup>157</sup> PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, págs. 154 – 156 y 159; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «Reflexiones sobre el Origen de las Sucesiones en Roma. El Testamentum Calatis Comitibus y su relación con la Sucesión Intestada», *op. cit.*, pág. 214; REPRESA POLO, M<sup>a</sup> P<sup>a</sup>, *La Desheredación en el Código Civil*, Ed. Reus, S. A., 1ª edición, Madrid, 2016, pág. 8; PASCUAL QUINTANA, J. M., «La Desheredación en el Derecho Español: Su Desenvolvimiento Histórico», *op. cit.*, págs. 257 y 258.



presente que el designado vendría a sustituir al *paterfamilias* extinto no solo en las funciones que este realizaba en el seno del grupo de los parientes, sino sobre todo en el puesto que ocupaba como un jefe agnaticio más en la asamblea representativa, formando así parte de la alianza de las otras unidades patriarcales que conformaban el organismo supra familiar. Por lo que tal asunto no podía ser del exclusivo interés de la familia, sino también de las *civitas*.<sup>158</sup>

## B. Derecho romano republicano

A partir del siglo III a. C. quedó superado el régimen de la sucesión en la soberanía o comunidad doméstica, regida por un heredero único, por el sistema rigurosamente patrimonial e individual, es decir, de sucesión en los bienes. Esfumándose totalmente, por ende, la concepción de la copropiedad familiar de los *sui heredes* y configurándose plenamente la idea de la propiedad individual del *paterfamilias*. Ello acorde con la circunstancia de que el Derecho agrario y familiar evolucionó hacia uno urbano y comercial. Ahora, la muerte del causante tenía el efecto de que los bienes que integraban su caudal relicto se liquidarían y repartirían entre sus hijos y parientes más cercanos o entre los herederos que hubieran sido llamados. De ahí que se comenzara a hablar de libertad absoluta de testar, en la medida que el testador ya contaba con la posibilidad de disponer de su patrimonio más allá de los *sui heredes*. Libertad testamentaria que se revela a través del *testamentum per aes et libram*, en lugar del testamento comicial, que desaparece igualmente en este período.<sup>159</sup>

Esta forma de testar adoptó, en principio, la *mancipatio* para que el *paterfamilias* pudiera disponer singularmente de las cosas que integraban su patrimonio, es decir, a título de legado, a favor del *emptor familiae*, persona a la que el testador le rogaría aparte, acto que en latín se conoce como *nuncupatio*, que a su muerte cumpliera con repartir los distintos bienes concretos conforme el destino que previamente él había prefijado. Más adelante, este tipo de testamento se aplicó para viabilizar la institución de heredero con carácter estrictamente patrimonial. Tanto así que la validez de la *mancipatio*, con propósito testamentario, quedó sujeta a la existencia de una institución hereditaria. Ello porque la

---

<sup>158</sup> PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, págs. 157 – 158. Véase, además, REPRESA POLO, M<sup>a</sup> P<sup>a</sup>, *La Desheredación en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 8 – 9.

<sup>159</sup> SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, (trad.) J. Santa Cruz Teigeiro, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 195; REPRESA POLO, M<sup>a</sup> P<sup>a</sup>, *La Desheredación en el Código Civil*, *op. cit.*, pág. 9; PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, págs. 161 y 162.

forma de la *mancipatio* se mantuvo como mera solemnidad, donde la finalidad ya no era la adquisición fiduciaria de la herencia, a la que en aquel entonces se refería como *familia*, sino el nombramiento de un heredero. Aquí, la figura del *familiae emptor* pasó a convertirse en un simple custodio de la voluntad testamentaria o en un testigo más, completando así el total de los siete que participaban del acto de otorgamiento del testamento, puesto que en este momento era el heredero el que adquiría *mortis causa* o, en otros términos, el encargado de cumplir con los legados.<sup>160</sup>

No obstante, esta plena libertad de testar tuvo como primer límite la subsistencia de la *exheredatio*. Pasando esta figura jurídica de ser una herramienta al servicio de la conservación de la unidad familiar, mediante la elección como jefe doméstico de uno de los *heredes sui*, a convertirse en el primer freno formal a la libertad testamentaria del causante. Es cierto que el testador tenía total libertad para ordenar y distribuir los legados que deseara y para nombrar heredero. Igualmente, es correcto que los *heredes sui*, que se trataba, por ejemplo, de los hijos legítimos, los adoptivos, los nietos y bisnietos por línea masculina, cuyo padre hubiera fallecido antes de la delación hereditaria y, en general, de todas aquellas personas que formaban parte de la casa del causante y que quedaban libres al morir este, no tenían un derecho indiscutible a la sucesión del causante. A pesar de ello, el testador tenía la obligación de respetar la expectativa que tenían los *sui heredes* de ser sus herederos. Significaba que si existían *heredes sui* y el testador no quería que ellos fueran sus herederos, este estaba compelido a desheredarlos expresamente para nombrar bajo dicho título a otra persona. Más específicamente, ante la presencia de *heredes sui* el causante contaba con las siguientes dos opciones: (1) debía instituirlos como herederos en su testamento, en cualquier porción y no en una cuota determinada, si quería dejarles sus bienes a estos; o (2) tenía que excluirlos explícitamente de la sucesión, sin tener que justificar su proceder en causa alguna, si era su deseo que su patrimonio pasara a un tercero. Ya que aunque el testador no estaba obligado a dejarle sus bienes al *heres sui*, este terminaría percibiendo su herencia, de no haberse nombrado un heredero.

Lo que implica que la única condición para que esta modalidad de testamento fuera considerada válida era que se incluyera una disposición en la que se desheredara expresamente a los *heredes sui*. Porque si el testador pretería a un *heres sui* que se

---

<sup>160</sup> BETANCOURT, F., *Derecho Romano Clásico*, op. cit., pág. 521; PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», op. cit., págs. 161 – 162; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «Reflexiones sobre el Origen de las Sucesiones en Roma. El Testamentum Calatis Comitiis y su relación con la Sucesión Intestada», op. cit., págs. 247 – 248 y 252 - 253, «Sucesión Testamentaria e Intestada en el Primitivo *Ius Civile* Romano y en la Ley de las XII Tablas: Problemas, Orígenes y Evolución», op. cit., págs. 714 y 716.

encontraba vivo al momento en que se efectuó el acto de otorgación del testamento, el mismo se tornaría nulo desde el inicio. Mientras, dicho instrumento se anularía posteriormente y se procedería, por tanto, a la apertura de la sucesión intestada, si al otorgarlo el testador no mencionó a un *heres sui* póstumo, categoría en los que, por ejemplo, se encontraban los hijos legítimos o nietos de un hijo premuerto nacidos después de la muerte del causante, los que nacieron posteriormente al tiempo de la confección del documento testamentario, puesto que se entendía que tal actuación no sería representativa de su voluntad testamentaria. Procediendo en esta última situación, la denominada sucesión contra testamento, en latín *successio contra tabulas*, que más tarde se extendería al supuesto de la preterición, aunque en ambos casos difería la razón de nulidad.

A ello se añade que el régimen de la *successio contra tabulas* sufrió igualmente cambios cuando el pretor extendió el derecho a percibir herencias de los *sui heredes*, además de a los *ceteri*, es decir, a las hijas y los nietos, a los *liberi*. Es decir, equiparó los *liberi* a los *heredes sui*, por lo que quedaban beneficiados los descendientes del testador, hubiesen salido o no de la dominación del *paterfamilias*, por ejemplo, mediante su emancipación. Reforma del Derecho pretorio que recayó sobre la sucesión intestada, pero que, a su vez, repercutió en la sucesión testamentaria, según se hace patente en la Instituta, Libro III, Título IX (X).<sup>161</sup> Implicando ello que a los *liberi* también les resultaba aplicable la legítima formal, es decir, debían ser instituidos o desheredados formalmente para que no surtiera efectos la *bonorum possessio contra tabulas* o, en español, el beneficio pretorio de una cuota igual a la que le hubiera tocado *ab intestato*, que se refería a la posesión hereditaria de bienes «cum re» o con plena eficacia. En el caso de los *liberi*, sin embargo, su omisión no provocaba la anulación del testamento, que según las reglas del *ius civile* era válido. En la medida en que los *liberi* preteridos no se convertían propiamente en herederos, por virtud del Edicto del pretor concediendo la *bonorum possessio*, sino solo en *loco heredem*.<sup>162</sup> Sin embargo, las

---

<sup>161</sup> GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Instituta-Digesto*, Barcelona, Ed. Krieger Hermann y Osenbrüggen, 1889, págs. 96 – 98.

<sup>162</sup> Así, precisamente, se desprende de la Instituta, Libro III, Título IX (X), sección 2, que lee: «Mas aquellos a quienes sólo el pretor llama a la herencia, no se hacen en realidad por derecho herederos; porque el pretor no puede hacer ningún heredero (pues solamente por la ley o por otra análoga disposición de derecho, como por los senadoconsultos y las constituciones imperiales, se hacen los herederos): pero cuando les da el pretor la posesión de los bienes, se constituyen en el lugar de herederos, y son llamados poseedores de bienes. Mas el pretor estableció además otros muchos grados en la dación de la posesión de bienes, procurando con ello que nadie muriese sin sucesor; porque el pretor dilató conforme a lo bueno y a lo equitativo el derecho de percibir las herencias, constituido en estrechísimos límites por la Ley de las Doce Tablas». GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Instituta-Digesto*, *ibíd.*, págs. 96 - 97

disposiciones testamentarias debían rectificarse para que fueran coherentes con la *bonorum possessio*.<sup>163</sup>

De ahí que esta nueva idea de *exheredatio*, cuya transgresión por el testador tenía el efecto de preterir a los *heredes sui* y a los *liberi*, se conciba como la primera noción de derechos legitimarios que apareció en la vida jurídica romana para limitar, total o parcialmente, la libertad testamentaria<sup>164</sup>, materializándose tal sanción en la nulidad total o parcial del testamento y la consecuente apertura de la sucesión intestada.<sup>165</sup> Aunque solo se hubiera tratado de lo que hoy día se conoce como legítima formal.<sup>166</sup> Lo cierto es que su aparición respondió, por un lado, a una libertad dispositiva absoluta, que había dejado de estar limitada por las creencias religiosas y morales que formaban parte de la estructura

---

<sup>163</sup> PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, págs. 162 - 164; REPRESA POLO, M<sup>a</sup> P<sup>a</sup>, *La Desheredación en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 9 - 11; PASCUAL QUINTANA, J. M., «La Desheredación en el Derecho Español: Su Desenvolvimiento Histórico», *op. cit.*, págs. 259, 261, 263 y 270 - 271; FUENTESECA DÍAZ, P., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, págs. 541, 542 - 546; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, *op. cit.*, págs. 728 y 729; BERNAD MAINAR, R., «De la Legítima Romana a la Reserva Familiar Germánica», *op. cit.*, págs. 12 y 13; IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Ed. Sello Editorial, S. L., 18ª edición revisada y actualizada por J. Iglesias Redondo, Barcelona, 2010, págs. 443 y 444. Véase, además, RASCÓN, C., *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Tecnos, 3ª edición, Madrid, 2008, pág. 357; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, *op. cit.*, págs. 642 - 644; D'ORS, A., *Elementos de Derecho Privado Romano*, Ed. EUNSA, 4ª edición, Navarra, 2010, pág. 162; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 311; BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, *op. cit.*, págs. 90 - 92, 99 - 103 y 144 - 145; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, Ed. Consejo General del Notariado, 2ª edición, Madrid, 2006, págs. 20 - 21, 24 y 25 - 26; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «Naturaleza Jurídica de la Legítima. Teoría de la "Debita Pars Valoris Bonorum"», en *Estudios sobre Sucesiones*, Tomo II, Ed. Instituto de España, D. L., Madrid, 1981, pág. 40, nota 7; TORRENT RUIZ, A. J., *Manual de Derecho Privado Romano*, Ed. Edisofer, S. L., Zaragoza, 2002, págs. 667 - 669; CASTRO SÁENZ, A., *Herencia y Mundo Antiguo: Estudio de Derecho Sucesorio Romano*, Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002, págs. 161 - 164 y 172. Sobre la figura jurídica de la *bonorum possessio* y sus diversas clasificaciones, pueden consultarse: GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Instituta-Digesto*, *op. cit.*, págs. 96 - 98; D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, págs. 332 - 334, 343 - 345 y 346; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, *op. cit.*, págs. 644 - 648.

<sup>164</sup> REPRESA POLO, M<sup>a</sup> P<sup>a</sup>, *La Desheredación en el Código Civil*, *op. cit.*, pág. 9; PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, pág. 162; FUENTESECA DÍAZ, P., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, págs. 546 - 547; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 311; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 25 - 26. Sin embargo, para BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, *op. cit.*, pág. 103, esta exigencia formal de instituir o desheredar explícitamente a los *heredes sui*, más que una limitación a la libertad de testar, simbolizó la consagración del ejercicio de la voluntad del causante de poder disponer *mortis causa* de sus bienes.

<sup>165</sup> Conviene recordar que en Roma no era posible una sucesión en parte testada y en parte intestada. Era o toda testamentaria o toda intestada.

<sup>166</sup> Nos referimos a aquella clase de legítima en la que el testador continúa teniendo total libertad para disponer *mortis causa* de sus bienes, aunque ve preciso cumplir con una serie de formalidades para poder excluir de su testamento al legitimario. Formalismos que en ocasiones tienen el propósito de asegurar que esa exclusión sea motivada por la voluntad del testador y no producto de su olvido, error o ignorancia. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, pág. 449.

familiar de la sociedad romana arcaica. Y, por otro lado, una reacción a la transformación de la comunidad romana primitiva, de una orientada al ente familiar, a su colectivo y fundamentada en el ámbito sacro y en la moral, a una más individualista, gregaria y enfocada en el aspecto económico y patrimonial. Decididamente, un pequeño primer paso para afrontar una sucesión que cada vez más se estaba alejando de la idea original y principal de la institución de la familia.<sup>167</sup>

A finales de la época republicana, esta limitación puramente formal a la voluntad del testador de disponer libremente de su caudal para después de su muerte, evolucionó hacia una material, tangible y real. Este derecho de herencia forzosa material afectaba, igualmente, el contenido del testamento, en el supuesto de que el testador no cumpliera con la exigencia de que le asignara a su heredero forzoso una parte mínima de su patrimonio hereditario, participación a la que originalmente se le conoció como *portio debita*, luego como *portio legítima*, hasta hoy día conocerse como legítima. Su propósito era evitar la conducta abusiva que comenzaban a manifestar algunos padres que instituían herederos de su patrimonio a extraños al núcleo familiar e incluso hasta personas *turpis*, que eran aquellas que se consideraban infames por mantener una actuación incompatible con las ideas de moralidad y de decencia ciudadana. Forma de actuar que iba claramente en perjuicio de sus descendientes. En fin, se perseguía salvaguardar de manera más concreta y efectiva los legítimos intereses de los familiares más cercanos del causante. Por eso, se empezó a exigir que como fundamento objetivo de la desheredación, el testador alegara una causa de ingratitud, aún genérica, en contra de sus parientes cognaticios más próximos. De no poder argüir causa alguna de ingratitud, el testador tenía la obligación de instituirlos en su testamento. Si no lo hacía, se entendía que el testamento era inoficioso porque se había infringido el *officium pietatis*, es decir, sus deberes morales o de piedad, que era precisamente el motivante para que el testador le dejara una parte de sus bienes a las personas con las que mantenía vínculos estrechos de sangre.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> CASTRO SÁENZ, A., *Herencia y Mundo Antiguo: Estudio de Derecho Sucesorio Romano*, op. cit., págs. 164 y 165.

<sup>168</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 806», op. cit., pág. 5831, *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, op. cit., págs. 29 y 78; MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «“Quo Legítima Tangitur”: La Intangibilidad Cualitativa de la Legítima», op. cit., págs. 24 – 28; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «Naturaleza Jurídica de la Legítima. Teoría de la “Debita Pars Valoris Bonorum”», op. cit., pág. 40; PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», op. cit., págs. 164 – 166; PASCUAL QUINTANA, J. M., «La Desheredación en el Derecho Español: Su Desenvolvimiento Histórico», op. cit., pág. 273; RASCÓN, C., *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, op. cit., pág. 358; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, op. cit., pág. 26; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, op. cit., pág. 646; IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, op. cit., pág. 445. Véase, además, PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, op. cit., pág. 730 y 731;

### C. Derecho romano imperial

Para subsanar la circunstancia de una preterición o la decisión abusiva del testador de desheredar a sus parientes cercanos, provocando así un grave perjuicio patrimonial a la familia, se le facilitó al heredero la acción conocida como *querela inofficiosi testamenti*. Aunque sus antecedentes se remontan a los últimos tiempos del periodo de la República, no fue hasta el siglo II, es decir, en la etapa del pleno Imperio, que esta alternativa jurídica se perfiló como una institución completa. A través de este mecanismo, los parientes más próximos, entre los que se encontraban los descendientes, ascendientes y los hermanos antes del Emperador Constantino y después de este solo los que fueran de padre, siendo o no también de madre, y siempre que el testador hubiese preferido a una persona torpe en vez de a él, podían impugnar la validez del testamento en el que, sin justificación alguna, el causante no les atribuyó participación alguna en su herencia o le asignó una ínfima cuantía que no contribuía a evitar que cayeran en una situación de precariedad económica. En definitiva, que no cumplió con el *officium* de afecto familiar. Para ello, bastaba alegar que la actuación arbitraria del testador al disponer de sus bienes había sido el resultado de que no se encontraba en su sano juicio o, en otras palabras, que no se hallaba en el pleno uso de sus facultades mentales. De esta forma, un deber moral pasó a convertirse en uno jurídico.

El Tribunal Magistrado, denominado «Centunviral» en la etapa de la República, era el que tenía la responsabilidad de atender este tipo de controversia. Inicialmente, resolvían las mismas de forma discrecional, según su prudente arbitrio, puesto que sobre el particular no se habían preestablecido normas legislativas a las que tuvieran que sujetar su dictamen. Eventualmente, sin embargo, la reiteración de decisiones sobre esta materia sirvieron para ir definiendo las reglas subjetivas y objetivas a través de las que se comenzarían a perfilar los contornos de la institución de la legítima. De ahí que se haya entendido que la *querela inofficiosi testamenti* no solo era significativa porque hizo que la idea de herencia variara hacia una concepción puramente patrimonial, además de servir de motivación para que la

---

FUENTESECA DÍAZ, P., *Derecho Privado Romano*, op. cit., págs. 546 y 548; D'ORS, A., *Elementos de Derecho Privado Romano*, op. cit., pág. 168; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, 2ª edición, Madrid, 1910, (reimpreso por Ed. Analecta, Navarra, 2008), págs. 761 – 762; BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, op. cit., págs. 130 - 133; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, op. cit., pág. 312; BERNAD MAINAR, R., «De la Legítima Romana a la Reserva Familiar Germánica», op. cit., págs. 14 – 15, «La Porción Legítima en la Familia del Derecho Romano», op. cit., pág. 1766; TORRENT RUIZ, A. J., *Manual de Derecho Privado Romano*, op. cit., págs. 669 – 670; CASTRO SAENZ, A., *Herencia y Mundo Antiguo: Estudio de Derecho Sucesorio Romano*, op. cit., pág. 166, nota 627.

antigua *exhereditio* se transformara o desapareciera, sino también porque su existencia y consecuente perfeccionamiento propició el desarrollo de una institución nueva: la legítima.

Este deber dimanante del *officium pietatis*, atado a la vinculación sanguínea y a la proximidad parental, que comienza a perfilarse como una obligación legitimaria que coarta la libertad de testar, tenía el problema de que no establecía el límite mínimo de bienes hereditarios que el testador debía asignar a sus parientes para no infringir el mismo. Tal particularidad no implicaba inconveniente alguno para los parientes próximos del testador, si este, sin motivo alguno, no les asignó una porción en su caudal hereditario. Ya que en ese caso prosperaría, sin ninguna dificultad, la acción de la *querela inofficiosi testamenti*. La verdadera contrariedad surgía cuando el testador, que podía muy bien hacerlo, les dejaba una fracción insustancial de la herencia bajo cualquier modalidad de institución, ya fuera de heredero, legado, fideicomiso o donación. Hecho que en el caso de una institución de heredero vacía de contenido, resultaba ser más una trampa que una ventaja, puesto que se asumirían las obligaciones atadas a la herencia.<sup>169</sup>

Situación que favoreció el que como complemento de este remedio se dispusiera que el hijo tenía derecho a la herencia del causante. Razón por la que se produjeron diversas intervenciones legislativas con el fin de limitar la facultad de legar del testador. La primera de ellas se denominó como *Lex Furia*, a principios del siglo II a. de C. La misma se promulgó para impedir que los legatarios y donatarios, excepto ciertas personas, percibieran más de mil ases. Ley que no resolvió la problemática de que al heredero únicamente se le dejara dicho título, porque, por ejemplo, un testador que tuviera 5,000 ases tenía la facultad de distribuir su patrimonio hereditario a razón de 1,000 por cada uno de los cinco legatarios que hubiera instituido. Como segunda alternativa se aprobó la *Lex Voconia*, 169 a. de C., cuya finalidad era impedir que a título de legado o donación se recibiera más de lo que el heredero percibe. Proceder legislativo que tampoco resolvió el asunto porque el testador podía distribuir su patrimonio entre un mayor número de legatarios, asignándoles legados de

---

<sup>169</sup> PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, págs. 166 – 168; FUENTESECA DÍAZ, P., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, págs. 546 y 548 – 549; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 26 y 27. Véase, además, D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, págs. 351 – 352, *Elementos de Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, pág. 168; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «Naturaleza Jurídica de la Legítima. Teoría de la “Debita Pars Valor Bonorum”», *op. cit.*, pág. 40; REPRESA POLO, M<sup>a</sup> P<sup>a</sup>, *La Desheredación en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 13 – 14; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 312; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, *op. cit.*, pág. 646; RASCÓN, C., *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, *op. cit.*, pág. 358; PASCUAL QUINTANA, J. M., «La Desheredación en el Derecho Español: Su Desenvolvimiento Histórico», *op. cit.*, págs. 273 – 274; IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, *op. cit.*, pág. 445; CASTRO SÁENZ, A., *Herencia y Mundo Antiguo: Estudio de Derecho Sucesorio Romano*, *op. cit.*, págs. 165 - 168; BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertar de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, *op. cit.*, págs. 123 – 129 y 137 – 144; TORRENT RUIZ, A. J., *Manual de Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, pág. 670.

poca monta. Acto que resultaba en que para el heredero eran mayores las cargas de la herencia que el mínimo beneficio que percibía en la herencia del causante. Es decir, lo que recibía no compensaba los deberes que como heredero debía asumir respecto el patrimonio hereditario del testador.

Fue, finalmente, la promulgación de la *Lex Falcidia*, 40 a. de C., estatuto propuesto por el tribuno *Publius Falcidius*, la que forzó al testador a asignarle a su heredero una cuarta parte de su herencia, calculada considerando el valor que los bienes del caudal relicto tenían al momento en que este falleció, una vez deducidas las deudas hereditarias. Exigencia legal que significaba una clara limitación a la facultad de legar del testador, puesto que esta únicamente se podía ejercer respecto al máximo de  $\frac{3}{4}$  partes de su patrimonio hereditario. Bajo estos parámetros se obligaba al heredero a aceptar la herencia del causante. Solo ante el incumplimiento del testador de proveerle al heredero la cuarta parte de su herencia líquida, a la que se le denominó la Cuarta Falcidia, procedía que se instara la *querela inofficiosi testamenti*. Así se desprende del texto del Código, Libro III, Título XXVIII, sección 6, donde el Emperador romano Augusto expresa que «[c]uando se investiga si los hijos pueden acusar de inoficioso el testamento de su padre, se examina si el testador les ha dejado al tiempo de su muerte la cuarta parte de sus bienes».<sup>170</sup> Importante destacar que el contenido de esta ley fue complementado por la actuación del Senadoconsulto Pegasiano, que se encargó de viabilizar que la cuarta parte del heredero quedara garantizada también ante el supuesto de fideicomiso. Al permitírsele que detrajera la cuarta pegasiana del fideicomiso que le gravaba.<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Segunda parte: Código*, Tomo I, rev. el texto latino por E. Hermann, Barcelona, Ed. Jaime Molinas, Barcelona, 1892, pág. 350.

<sup>171</sup> POLO ARÉVALO, E. M<sup>a</sup>., «Concepto y Naturaleza Jurídica de la Legítima en Derecho Sucesorio Español: Precedentes y Actualidad», *op. cit.*, pág. 332, nota 2; BERNAD MAINAR, R., «De la Legítima Romana a la Reserva Familiar Germánica», *op. cit.*, págs. 9 – 11 y 16; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo III, 3<sup>a</sup> edición, Ed. Imprenta de la Sra. V. é Hijas de D. Antonio Peñuelas, Madrid, 1871, pág. 295; SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, *op. cit.*, págs. 195 – 196, *Principios del Derecho Romano*, Ed. Civitas, S. L., 2<sup>a</sup> edición revisada y corregida de la traducción de la obra por M. Abellán Velasco, Madrid, 2000, pág. 179; REPRESA POLO, M<sup>a</sup> P<sup>a</sup>., *La Desheredación en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 11 - 12 y nota 8. Véase, además, BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, *op. cit.*, pág. 646; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, *op. cit.*, pág. 732; FUENTESECA DÍAZ, P., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, pág. 546; D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, págs. 338 y 352, *Elementos de Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, pág. 168; BARRIO GALLARDO, A., *El Largo Camino hacia la Libertad de Testar: de la Legítima al Derecho Sucesorio de Alimentos*, *op. cit.*, págs. 150 - 153; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 312; SAMPER POLO, F., «“Pars debita” en el Derecho Romano Vulgar», en *S.D.H.I.*, volumen 37, 1971, págs. 77 y 89, aludiendo, también, en las págs. 76 – 77 y 88 -89, a la correspondencia de la *pars debita* con la *Lex Falcidia*; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, *op. cit.*, pág. 27; TORRENT RUIZ, A. J., *Manual de Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, pág. 670, comentando, además, sobre la analogía existente entre la cuota de la *pars debita* y la cuarta *Falcidia*, y SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, pág. 762, que le atribuye el verdadero inicio de las legítimas al suceso de la



En cuanto a la tutela cualitativa de la legítima, se entendía posible que todos los bienes hereditarios fueran objeto de usufructo por la viuda. Incluso, se concebía válido que a favor de uno de los coherederos se atribuyera un legado de usufructo sobre una parte de la herencia. Usufructo que podía continuar después de la muerte del heredero que era objeto del gravamen.<sup>172</sup> Distintamente, no se admitía que se impusiera una condición sobre la parte reservada al heredero. Tal acto se consideraba ineficaz.<sup>173</sup> Razón por la que este suceso se ha concebido como un evidente precedente de la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima, y específicamente de aquel aspecto que tiene que ver con la forma en que se deben percibir los bienes relictos, que en nuestros días está contenido en el art. 813.2 del CC.<sup>174</sup>

---

determinación de la cuota de los bienes de la herencia que se le debía atribuir a los parientes cercanos del causante, es decir, descendientes, en ausencia de estos, ascendientes, y, a falta de estos, los hermanos de doble vínculo y consanguíneos, esto último limitado al caso «de ser postergados a persona infame o torpe». (Para mayor detalles sobre esta institución romana y su evolución, también, puede examinarse: BIONDO BIONDI, *Sucesión Testamentaria y Donación*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Bosch, 1960, págs. 388 – 404, esp. 388 – 389 y 393; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Los Complementos de la Legítima», *A.D.C.*, volumen XXVI, fascículo 1, Enero – Marzo 1973, págs. 90; Paulo (Comentarios a la Ley Falcidia, Libro Único), Dig. XXXV, Título II, 1, en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Digesto*, Tomo II, Ed. Jaime Molinas, Barcelona, 1892, pág. 739).

<sup>172</sup> Así surge de las contestaciones que Scaevola ofreció al analizar distintas cláusulas testamentarias. Por un lado, ante la siguiente situación, reflexionó de la siguiente manera: «*“Lego a mi mujer el usufructo de mis bienes hasta que mi hija cumpla diez y ocho años”; se preguntó, si le pertenecerá a la mujer el usufructo de los predios, así rústicos como urbanos, y el de los esclavos y del ajuar, y también el del libro de cuentas. Respondió, que, según lo que se exponía, le pertenece el de todas las cosas*». Scaevola, *Digesto*, Libro XXXIII, Título II, Sección 37, en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Digesto*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 611; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La Opción Legal del Legitimario cuando el Testador ha dispuesto un Usufructo o una Renta Vitalicia que Sobrepase la Porción Disponible», en *A.D.C.*, fascículo 3, 1962, págs. 591 – 592. Por otro lado, al evaluar el contenido de otro testamento, deliberó de esta forma: «*Uno instituyó herederos a dos hijas y a un hijo privado de juicio, y a una de las hijas le legó en estos términos el usufructo de la porción dada al privado de juicio: “además de esto Publia Clemenciana tomará para sí el usufructo de la cuarta parte de mi herencia en que instituí heredero a Julio Justo, mi hijo, y te pido, Publia Clemenciana, que alimentes y cuides a tu hermano Julio Justo, y que pagues por él, para lo cual te he dejado el usufructo de su porción, hasta que recobre el juicio y se cure”; se preguntó, si, habiendo fallecido el hijo continuando en la misma locura hasta el día de su muerte, se habrá extinguido el usufructo. Respondió, que en virtud de las palabras que se exponían subsistía el legado, a no ser que clarísimamente se pruebe que el testador entendió otra cosa*». *Digesto*, Libro XXXIII, Título II, Sección 32.6, en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Digesto*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 609.

<sup>173</sup> Ello surge claramente de la respuesta que Scaevola emitió con relación a esta situación: «*“Sean mis herederos Seyo y Agerio, si dentro de los treinta días de mi fallecimiento hubieren dado a nuestra República caución de que se contentarán con tantos áureos, habiendo prescindido del beneficio de la Falcidia; a los cuales les substituyo recíprocamente; pero si no se conformaren con mi voluntad, sean desheredados”; se preguntó, si podrían adir la herencia los herederos instituidos, si no quieren cumplir la condición, teniendo substitutos con la misma condición prescrita. Respondió, que Seyo y Agerio, instituidos en primer lugar podían adirla lo mismo que si no se hubiese impuesto aquella condición, que se impuso por causa de fraude*». *Digesto*, Libro XXXV, Título II, Sección 27, en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Digesto*, Tomo II, *op. cit.*, págs. 749 - 750.

<sup>174</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, *op. cit.*, pág. 82.

## D. Derecho romano justiniano

Todas las reformas señaladas que comenzaron a definir lo que sería el vigente sistema legitimario del Derecho común español, alcanzaron su mayor grado de acabada expresión en el periodo de Justiniano. A través del Derecho justiniano se elaboró un régimen de legítimas que pudo restringir, de manera más clara y contundente, la libertad de disposición *mortis causa* del causante, al obligarle a reservar para alguno de sus familiares, legalmente determinados, una parte de sus bienes relictos. En simples palabras, en la fase justiniana el Derecho romano explicó la naturaleza jurídica de la legítima.<sup>175</sup> Así se percibe de las diversas Constituciones que se dictaron en este periodo con el propósito primordial de favorecer las legítimas por encima del principio de libertad testamentaria.

Mediante la Ley *Omnimodo*, contenida en la Constitución del año 528, C 3-28, 30, por ejemplo, el heredero forzoso podía instar una acción de complemento o suplemento de su *portio debita*, en caso de que solo hubiera recibido una parte de la misma.<sup>176</sup> Instancia puramente personal que no implicaba una afectación en el contenido del testamento, sino únicamente el medio para obtener la diferencia entre la porción legítima y lo que el testador había asignado en su testamento. Manteniéndose la *querela* exclusivamente para el supuesto en que los derechos del heredero forzoso se hubiesen omitido completamente en el testamento. Evidentemente, la idea de este recurso era que el testador respetara lo que hoy día conocemos como el principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima.<sup>177</sup> Aunque,

---

<sup>175</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Sobre el Pretendido Origen Germánico de Algunas Instituciones Jurídicas (La Legítima Castellana y la Vizcaína, la Sociedad de Gananciales. La Reivindicación de Bienes Muebles)», en *Homenaje al Profesor Alfonso García-Gallo*, tomo II, volumen II, Ed. Complutense, S. A., 1ª edición, Madrid, 1996, pág. 299, «Apuntes de Derecho Sucesorio (Posición y Derechos de los Legitimarios en el Código Civil)», *op. cit.*, págs. 435.

<sup>176</sup> «[...] de suerte que, ora se diga en el testamento que se complete la porción legítima, ora no, sea ciertamente firme el testamento, pero séales lícito a las personas que podían querellarse contra el testamento como inoficioso, o para destruirlo de otro modo, exigir lo que se les dejó de menos en su porción legítima, para completarla sin ningún gravamen ni demora, a condición sin embargo de que no sean convictas, por medios legítimos, de ingratitud, por supuesto, cuando el testador hubiere dicho que habían sido ingratas con él. [...]». GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Segunda parte: Código*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 356.

<sup>177</sup> Y, justamente, con ese mismo interés, en el siglo III surgieron dos mecanismos que servían para evitar que el testador, en vida, realizara liberalidades que disminuyeran su patrimonio y, por ende, defraudaran el derecho de los legitimarios. Se trataba de la *querella inofficiosae donationis*, a través de la que se podían anular aquellas donaciones que implicaran una vulneración de la legítima, y la *querella inofficiosae dotis*, que servía para anular la constitución de dote que lesionara a los legitimarios. FUENTESECA DÍAZ, P., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, pág. 550. Véase, también, D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, pág. 354, *Elementos de Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, pág. 169; IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, *op. cit.*, pág. 446; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 30 y 35; BERNAD MAINAR, R., «De la Legítima Romana a la Reserva Familiar Germánica», *op. cit.*, pág. 15; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, *op. cit.*, págs. 647 y 648; TORRENT RUIZ, A. J., *Manual de Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, pág. 670; SAMPER POLO, F., «“Pars debita” en el

también, se pensó que esta legislación, de alguna forma, promovía que el testador efectuara una solapada desheredación al otorgarle a su hijo una mínima asignación, dejándole a su entero cargo la alternativa de pedir el complemento de la misma.<sup>178</sup>

Con la Ley *Quoniam in Prioribus*, que se recogió en la Constitución del año 529, específicamente en la C 3 - 28, 32, se estableció la base de la regla que considera que deben entenderse como no puestos aquellos gravámenes «ad tempus» e «in qualitate» que se hacen recaer sobre la legítima. Ya que esta ley se interpretaba en el sentido de que el testador gravó la legítima, única parte en la que instituyó a su hijo. Es decir, que el testador le dejó solamente su porción legitimaria gravada, sin haberle compensado dicho gravamen con una asignación cuantitativa mayor a la que por derecho le correspondía. De ahí que por virtud de esta norma se ordenara suprimir cualquier condición, plazo o disposición que provocara cualquier tipo de gravamen sobre la legítima, puesto que se debía proceder como si nada de ello se hubiera impuesto por testamento. Su concreto texto decía:

*«Habiendo dispuesto en leyes anteriores, que, si se hubiera dejado menos de la porción legítima a quienes por las antiguas leyes podían promover la acción de inoficioso testamento, se les completase, a fin de que no se rescinda el testamento con la ocasión de la menor cantidad dejada, al presente hemos creído deber añadir, que, si por algunas condiciones o plazos u otra disposición, que produjese demora, modo, u otro gravamen, se considerasen que estaban menoscabados los derechos de los llamados a la referida acción, se suprima dicha condición, plazo, o disposición, que causa la demora o cualquier gravamen, y el asunto marche como si nada de esto se hubiese añadido en el testamento».*<sup>179</sup>

No era preciso que el legitimario efectuara una reclamación para que el gravamen en el «quale» fuera removido. Su nulidad se producía de forma automática, sin que fuera necesario que el legitimario lo impugnara. Ello es contrario al caso de un gravamen en el «quantum», que sí precisaba que el heredero forzoso lo reclamara para poderlo remediar.<sup>180</sup>

---

Derecho Romano Vulgar», *op. cit.*, págs. 94, 96, 97 y 100; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «Naturaleza Jurídica de la Legítima. Teoría de la “Debita Pars Valoris Bonorum”», *op. cit.*, págs. 40 y 41.

<sup>178</sup> POLO ARÉVALO, E. M<sup>a</sup>, «Concepto y Naturaleza Jurídica de la Legítima en Derecho Sucesorio Español: Precedentes y Actualidad», *op. cit.*, págs. 332 – 333 y nota 3; PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, págs. 168 – 169; MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «“Quo Legitima Tangitur”: La Intangibilidad Cualitativa de la Legítima», *op. cit.*, págs. 31, 33 y 46. Véase, además, FUENTESECA DÍAZ, P., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, pág. 549; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, *op. cit.*, pág. 732; D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, págs. 353 - 354.

<sup>179</sup> Énfasis suplido. GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Segunda parte: Código*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 357.

<sup>180</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, págs. 1039 – 1040 y 1053 – 1054, «La Opción Legal del Legitimario cuando el Testador ha dispuesto un Usufructo o una Renta Vitalicia

Lo señalado respecto al contenido e interpretación de la Ley *Quoniam in Prioribus*, ha llevado a entender que esta legislación es una influencia directa y la base en la que se debe interpretar el actual art. 813.2 del CC. Precepto que actualmente es representativo de la vertiente cualitativa del denominado principio de intangibilidad de la legítima, específicamente en lo que se refiere al aspecto de la forma en que los legitimarios deben recibir su porción legal. Aquello que tenía que ver con el segundo factor de este carácter cualitativo de la *portio debita*, es decir, con la calidad en que la misma se percibía, regulada en este momento mediante el art. 806 del CC, y más concretamente con el contenido de su suplemento en caso de que el testador no hubiera provisto su totalidad o que se hubiese materializado una evicción respecto a ella, fue abordado posteriormente con la llamada Ley *Scimus* del año 531, C 3 - 28, 35.2<sup>181</sup> y 36<sup>182</sup>. Estatuto en el que se dispuso que el complemento debía realizarse con el conjunto de bienes hereditarios del padre, sin que a este se le pudieran imputar o descontar los frutos percibidos previamente a la evicción ni los lucros dimanantes de la consolidación de un usufructo o del cumplimiento de una sustitución

---

que Sobrepase la Porción Disponible», *op. cit.*, pág. 592, «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, pág. 47. Véase, además, GULLÓN BALLESTEROS, A., «El Párrafo 3º del Artículo 820 del Código Civil», en *A.D.C.*, fascículo 4, 1961, pág. 876; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, *op. cit.*, págs. 83 – 84.

<sup>181</sup> «Y definimos como regla general, que cuando un padre hubiere dejado a su hijo menos de su porción legítima, o le hubiere dado alguna cosa o como donación por causa de muerte o entre vivos con la condición de que esta donación entre vivos se le compute para su cuarta, si el hijo, después de la muerte de su padre, hubiere aceptado simplemente lo que se le dejó o donó, y acaso también hubiere dado a los herederos la seguridad de haber recibido lo que se le dejó, no añadiendo que no le quedaba acción alguna para el suplemento, no se causa el hijo ningún perjuicio, sino que se le completa su parte legítima [...]». GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Segunda parte: Código*, Tomo I, *op. cit.*, págs. 359 - 360.

<sup>182</sup> «[...] si cuando uno hubiere aceptado una cosa donada, ya entre vivos, ya por causa de muerte, o dejada en el testamento, y la hubiere recibido como su propia parte, se hubiere hecho después evicción de la misma cosa, ya en su totalidad, ya en parte, se debía en virtud de nuestra constitución completar después de la evicción la parte legítima; o si cuando por causa de la Ley Falcidia se disminuyeran los legados, o los fideicomisos, o las donaciones por causa de muerte, se deba, sin embargo, admitir también en este caso el suplemento; a fin de que, mientras se esfuerza el heredero por recibir toda la Falcidia, no pierda también todas las ventajas de la herencia. Y así, mandamos en todos estos casos, ya tenga lugar la evicción por la totalidad, ya por una parte, se enmiende el vicio, y se dé otra cosa o cantidades, o se haga el completo, sin que medie Falcidia alguna, de suerte que, ya si se hubiere dejado menos desde un principio, ya si mediando extrínsecamente cualquier causa impusiera algún gravamen, o en la cantidad, o en el tiempo, sea de todas maneras completada la porción, y se aplique íntegro a los hijos nuestro auxilio; pero que el suplemento se haga con los bienes propios del padre, no si algo lucró el hijo por otras causas, o por sustitución, o por derecho de acrecer, por ejemplo, el usufructo; pues por razón de humanidad mandamos, que el hijo se lucre ciertamente de todo esto como por derecho adventicio, y que el suplemento se haga con los bienes del padre». GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Segunda parte: Código*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 360.

fideicomisaria condicional. Ello, al considerar que tales beneficios eran ajenos a la herencia o adventicios.<sup>183</sup>

A esto se añade que mediante la Novela XVIII, Cap. 1<sup>184</sup>, que se incluyó en la Constitución del año 536, se concretó la cuota legitimaria de los hijos en la mitad de la herencia cuando eran más de cuatro y en un tercio si estos igualaban o eran menos que dicho número. Porción que debía dividirse por igual entre todos, tanto respecto a los mismos bienes hereditarios como a su cuantía.<sup>185</sup> Deber que, sin duda, es un reflejo histórico de lo que hoy conocemos como principio de intangibilidad de la legítima, en su vertiente cuantitativa y en la cualitativa, en lo que respecta a la calidad en que los legitimarios deben percibir su derecho.<sup>186</sup> Así, mediante el establecimiento de una legítima variable en función

---

<sup>183</sup> MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «“Quo Legitima Tangitur”: La Intangibilidad Cualitativa de la Legítima», *op. cit.*, págs. 33 – 35 y 45 - 46.

<sup>184</sup> Específicamente, y en lo pertinente, el contenido de esta norma establecía lo siguiente: «... *que si verdaderamente el padre o la madre lo es de un solo hijo, o de dos, o de tres, o de cuatro, no se les dejen a estos solamente tres onzas, sino también la tercera parte de los propios bienes, esto es, cuatro onzas, y que esta sea la cuantía definida hasta el susodicho número. Pero si uno tuviere más de cuatro hijos, déjeseles la mitad de todos los bienes, de suerte que sean seis onzas lo que en todo caso se les debe, dividiéndose entre ellos por igual las cuatro o seis onzas, y esto no con sujeción a injustas circunstancias de las cosas, [...], sino de modo que lo que a cada uno le correspondiese sea enteramente igual en calidad y en cantidad, ya si alguno dejara por modo de institución, ya en ocasión de legado, (y lo mismo es decir que con la de fideicomiso). Porque le será lícito tener acaso las seis o las ocho onzas restantes, y hacer liberalidades, según quisiere, a los mismos hijos o a cualquier extraño, y atendida en primer lugar convenientemente la naturaleza, proceder así a hacer liberalidades a los extraños. Debiéndose observar esto respecto a todas las personas en cuanto a las que se decretó desde un principio por la ley sobre el testamento inoficioso la porción de la antigua cuarta*». GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tercera Parte: Novela*, Barcelona, Ed. Krieger Hermann y Osenbrüggen, 1898, pág. 95. Véase, también, FUENTESECA DÍAZ, P., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, págs. 549 – 550; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, *op. cit.*, pág. 733; D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, pág. 353, *Elementos de Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, pág. 169; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 312; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, *op. cit.*, pág. 27; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, *op. cit.*, pág. 646.

<sup>185</sup> De acuerdo a la Novela XVIII, Cap. 4, ante la premoriencia del hijo, los nietos serían los que obtendrían la parte que le hubiera correspondido al padre. En concreto, dicho texto disponía: «*Tampoco se debe observar en lo sucesivo, en cuanto a los nietos y biznietos, que no son suyos y se hayan bajo potestad, que tengan ellos menos de la tercera parte que los testadores debían dejarles a los padres de los mismos, si vivieran. Porque para lo sucesivo no exceptuamos a los nietos, que de un hijo nacen para los abuelos paternos, de suerte que ellos reciban ciertamente íntegra la parte que recibiría, si viviera, su padre, pero que los nietos que por medio de una hija proceden del abuelo, o los de la abuela paterna o materna, reciban menos de la tercera parte, sino que establecemos un solo orden en cuanto a los nietos y a los biznietos, no consintiendo que en esto la mujer sea perjudicada por el varón. Porque ni el varón por sí, ni la mujer sola, se bastan para la propagación de los nacimientos, sino que así como Dios los juntó a ambos para la obra de la generación, así también nosotros les conservamos a los dos la misma igualdad*». GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tercera Parte: Novela*, *ibíd.*, pág. 96.

<sup>186</sup> Afirmación que, igualmente, puede inferirse del comentario que SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, págs. 762 - 763, realiza en torno a la noción de la legítima en Roma. En concreto, este autor destaca que la institución legitimaria «...no representaba en realidad un derecho hereditario por cuota, sino que tuvo siempre la concepción de un derecho a una parte de bienes, y que los fines legales de la legítima romana se reputaban cumplidos, aunque no se dejara esa parte de bienes [...] por título universal de herencia, con tal de que se le dejara a salvo por cualquier otro singular de fideicomiso,

a la cantidad de ellos, se lograba que fuera más equitativa la porción reservada para los hijos del testador. Además de que en el Cap. III de esta Novela<sup>187</sup>, que contiene la llamada Ley *Prohibemus*, se estableció claramente que la legítima de los hijos no se podía abonar con la nuda propiedad de todos los bienes de la herencia, mientras al cónyuge se le abonaba el usufructo de esta. Era necesario que se le dejara tanto el usufructo como la propiedad de su parte legítima. En palabras sencillas, que estaba prohibido que se lesionara cualitativamente, es decir, que se sujetara a gravamen, la porción legal de los legitimarios.<sup>188</sup>

Finalmente, con la Novela 115, incluida en la Constitución del año 545, se vuelve a retomar el deber formal y anacrónico del testador de instituir herederos a sus descendientes y ascendientes. Institución cuya justificación era puramente honorífica, puesto que perseguía evitar la ofensa de que al legitimario se le rechazara como heredero y solo se le atribuyera un valor patrimonial. Ello implicaba que los integrantes de estos grupos parentales únicamente podían recibir su legítima a través de su condición de *heredes*, aunque fuese *ex re certa*. La *portio debita* no se les podía atribuir a título de legatario, donatario o fideicomisario.

---

legado, donación, ya *inter vivos*, ya *mortis causa*. Siendo esa la finalidad y la preocupación de la ley romana, como garantía de esas legítimas, en cuanto eran derecho a porción de bienes determinados, más que título de herencia forzosa, y lo principal era asegurar su percepción por el legitimario, se introdujeron, a semejanza de la *querella inoficioso testamento*, las análogas de *inoficiosa donación* e *inoficiosa dote*».

<sup>187</sup> Norma en la que expresamente se disponía: «*Mas prohibimos también esto que es grave, y que, teniendo ciertamente algún motivo legal, degenera, sin embargo, en dura crueldad y aspereza. Porque sabemos de algunos testamentos, según los que no hicieron paternalmente los que morían las instituciones, ni como convenía a hombres, sino con demasiadas debilidad y falta de entereza, pues dejaron a sus mujeres todo el usufructo de sus propios bienes, pero a sus hijos la nuda propiedad. Por lo cual creo que la intención de tales testamentos es que las mujeres adquieran también la propiedad, cuando los hijos hayan perecido acaso de hambre. Porque ¿como se manejarán en el intermedio, y tendrán el cotidiano sustento, no habiéndoseles dejado nada, mediando por parte de la mujer ira, acaso hasta irracional, que les quite aun la diaria manutención? No les será, pues, lícito en lo sucesivo absolutamente a ninguno, que tenga hijos, hacer alguna tal cosa, sino que de todos modos les dejará así el usufructo de esta parte legítima, que ahora hemos señalado, como también la propiedad, si quiere ser llamado padre, de hijos que no mueren repentinamente de hambre, sino que tienen con que vivir. Y todo esto lo decimos no solamente respecto al padre, sino también en cuanto a la madre, al abuelo, al bisabuelo, y a las personas femeninas unidas a cada uno, esto es, en cuanto a la abuela y a la bisabuela, ya sean paternas, ya maternas*». GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tercera Parte: Novela*, op. cit., págs. 95 - 96.

<sup>188</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., «El Párrafo 3º del Artículo 820 del Código Civil», op. cit., pág. 876; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La Opción Legal del Legitimario cuando el Testador ha dispuesto un Usufructo o una Renta Vitalicia que Sobrepase la Porción Disponible», op. cit., págs. 592 – 593; POLO ARÉVALO, E. M<sup>a</sup>, «Concepto y Naturaleza Jurídica de la Legítima en Derecho Sucesorio Español: Precedentes y Actualidad», op. cit., págs. 333 - 335; PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», op. cit., pág. 169; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, op. cit., pág. 84, «Comentario al Art. 813», op. cit., pág. 5919; MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «“Quo Legítima Tangitur”: La Intangibilidad Cualitativa de la Legítima», op. cit., págs. 30, 40 y 44; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo III, op. cit., pág. 295.

De ahí que en el Cap. III de la Novela 115 se prohibiera expresamente que el testador preteririera y desheredara a sus descendientes o ascendientes.<sup>189</sup> Prohibición que solo se podía obviar si el causante recogió en su testamento alguna de las causas legalmente previstas de justa desheredación por ingratitud, que se hubiera manifestado en contra suya. Se trata de aquellas que se encontraban reguladas en la Novela 115, Cap. 3, secciones 1 – 13, y Cap. 4, secciones 1 - 9<sup>190</sup>, respectivamente, en relación a los descendientes y ascendientes, y en la Novela 22, Cap. 47<sup>191</sup>, en lo que se refería a los hermanos. Además de que, ante la impugnación de la existencia de la causa establecida, el heredero instituido debía probar la certeza de la misma. Así, Justiniano posibilitó que la institución de la desheredación alcanzara un carácter más jurídico del que había logrado hasta ese entonces. De no satisfacerse estos requisitos, los *heredes* que hubieran sido preteridos o desheredados injustamente podían recurrir a la *querela inofficiosi testamenti* para anular el testamento, siendo la privación de eficacia de la institución de heredero, con la consiguiente apertura de la sucesión intestada, el único efecto, puesto que el resto de las disposiciones realizadas por el causante, tales como legados, fideicomisos, nombramientos de tutor, permanecían inalteradas y teniendo eficacia. En definitiva, la cuota legitimaria se debe en todo momento, a menos que su beneficiario se encuentre incurso en alguna de las causas legales de desheredación.<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup> En lo pertinente, se establecía: «... mandamos que de ningún modo sea lícito al padre o a la madre, al abuelo o a la abuela, el bisabuelo o a la bisabuela, preterir o desheredar en su testamento a su hijo o a su hija, o a los demás descendientes, ni si por medio de una donación cualquiera, o de un legado, o de un fideicomiso, o de otro cualquier modo les hubieren dado la porción debida por las leyes, a no ser acaso que se pruebe que son ingratos, y que los padres hayan insertado en su testamento determinadamente las mismas causas de la ingratitud. [...]». GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tercera Parte: Novela*, op. cit., pág. 385.

<sup>190</sup> Lista de causas que pueden consultarse en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tercera Parte: Novela*, op. cit., págs. 385 – 390.

<sup>191</sup> Justas causas de desheredación que se pueden ver en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tercera Parte: Novela*, op. cit., pág. 131.

<sup>192</sup> MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «“Quo Legitima Tangitur”: La Intangibilidad Cualitativa de la Legítima», op. cit., pág. 32; PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», op. cit., págs. 169 – 170; REPRESA POLO, M<sup>a</sup> P<sup>a</sup>, *La Desheredación en el Código Civil*, op. cit., págs. 14 – 15; POLO ARÉVALO, E. M<sup>a</sup>, «Concepto y Naturaleza Jurídica de la Legítima en Derecho Sucesorio Español: Precedentes y Actualidad», op. cit., págs. 336 – 337; IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, op. cit., pág. 446; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, op. cit., págs. 35 y 37 – 41. Véase, además, BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, op. cit., págs. 648 – 649; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, op. cit., pág. 733; D’ORS, A., *Elementos de Derecho Privado Romano*, op. cit., pág. 169; PASCUAL QUINTANA, J. M., «La Desheredación en el Derecho Español: Su Desenvolvimiento Histórico», op. cit., págs. 278 – 284; RASCÓN, C., *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, op. cit., pág. 356 y 357; TORRENT RUIZ, A. J., *Manual de Derecho Privado Romano*, op. cit., págs. 670 – 671; FUENTESECA DÍAZ, P., *Derecho Privado Romano*, op. cit., págs. 549 y 550.

## § 2 LA INSTITUCIÓN LEGITIMARIA EN EL DERECHO GERMÁNICO

En las regiones donde el Derecho germánico tuvo influencia, regía el sistema de la copropiedad familiar y no el de propiedad privada. Ello significaba que, en la época arcaica, la totalidad del patrimonio estaba reservado por la ley en beneficio exclusivo de la comunidad doméstica o familiar. Las relaciones jurídico patrimoniales no se alteraban por causa de la muerte de alguno de los miembros, incluyendo la del señor de la casa, supuesto ante el que su hijo asumiría la potestad doméstica, por razón del derecho de sangre, puesto que inmediatamente su cuota acrecía a los restantes comuneros. No se trataba de que los hijos sucedieran al padre en su patrimonio, sino que, por la misma configuración de la familia germánica, estos recibían lo que le pertenecía, porque, en vida de su ascendiente, tenían un derecho de copropiedad sobre el caudal de este. Derecho que se transformaba en uno de propiedad exclusiva, a la muerte de su progenitor.

Sistema de copropiedad familiar en el que al padre se le reputaba como el «primero entre iguales», *primus inter pares*, al tener como función la responsabilidad de administrar y conservar el patrimonio, más no la de enajenar, *inter vivos* o *mortis causa*, los bienes familiares. Su cuota para efectos de la división del caudal era la misma que la de cualquiera de los hijos. Contexto que hacía que, en términos sucesorios, predominara la división hereditaria entre los descendientes y otros parientes y que, contrario al Derecho romano, no fuera relevante la facultad del antecesor para elegir a un sucesor. Puesto que ninguno de los miembros de la comunidad estaba facultado para otorgar testamento.<sup>193</sup>

La lógica del funcionamiento de esta fase primitiva tenía que ver con que el Derecho hereditario germánico se basaba fundamentalmente en el Derecho de familia y, específicamente, con lo referente a los deberes familiares y políticos. Se pensaba que los herederos solo podían ser los natos y no aquellos que eran producto de la elección. En otras palabras, que era la ley la que hacía herederos y no el testador mediante el instrumento jurídico del testamento. De ahí que las disposiciones de última voluntad estuvieran

---

<sup>193</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 43 – 44 y 47; PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, pág. 172; BERNAD MAINAR, R., «De la Legítima Romana a la Reserva Familiar Germánica», *op. cit.*, pág. 40, «La Porción Legítima en la Familia del Derecho Romano», *op. cit.*, pág. 1767; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, *op. cit.*, pág. 29, «Comentario al Art. 806», *op. cit.*, pág. 5832. Véase, además, LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 312; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «Naturaleza Jurídica de la Legítima. Teoría de la “Debita Pars Valoris Bonorum”», *op. cit.*, págs. 41 y 46.



prohibidas o simplemente se desconocieran. Prohibición de testar mediante la que, enfatizamos, se pretendía evitar que los bienes salieran del ámbito familiar. Motivo por el que tanto los hijos naturales como las hijas quedaban excluidos del reparto patrimonial.<sup>194</sup>

Esta concepción de que la reserva debía comprender la totalidad del caudal relicto se ve un tanto modificada en la Edad Media, al consagrarse, por los menos, un grado mínimo de libertad testamentaria. Precisamente, fue la influencia de la Iglesia la que dio base a que se limitara la indisponibilidad por causa de muerte en el patrimonio doméstico. Se trataba de una cuota libre *portio pro anima* o «legítima eclesiástica», que era una contribución que se daba a los pobres, a través de la Iglesia como órgano portador de la caridad cristiana, a cambio de la cual el fallecido obtenía la salvación de su alma. Suceso que se ha visualizado como el germen de la distinción entre lo que era la reserva germánica y la parte disponible. En la medida en que fue el testamento el instrumento apropiado para la disposición de esta llamada cuota libre.<sup>195</sup>

La forma en que se concebía la sucesión hereditaria fue modular en la singularidad del «testamento germánico». No se entendía que el heredero era un continuador de la personalidad del causante, visión que sí estaba presente en el Derecho romano. Más bien, se consideraba que la liquidación de la herencia surgía como consecuencia directa del fallecimiento del causante, por lo que los herederos únicamente adquirirían aquel activo que hubiera quedado como remanente. Se pensaba que el heredero adquiriría la herencia por derecho propio y no por causa de la deferencia del causante de instituirlo como tal. Por ello, el heredero no tenía que responder personalmente de las deudas del difunto, a menos que

---

<sup>194</sup> BERNAD MAINAR, R., «De la Legítima Romana a la Reserva Familiar Germánica», *op. cit.*, págs. 38 – 39 y 57, «La Porción Legítima en la Familia del Derecho Romano», *op. cit.*, pág. 1767; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, Ed. Consejo General del Notariado, 2ª edición, Madrid, 2006, pág. 47; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 312; PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, pág. 176. Véase, además, ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «Naturaleza Jurídica de la Legítima. Teoría de la “Debita Pars Valoris Bonorum”», *op. cit.*, pág. 45.

<sup>195</sup> Otra de las restricciones que propició la Iglesia se hizo manifiesta en los objetos personales de los individuos, tales como los atuendos de guerra del hombre y los vestidos de la mujer, que conformaban un patrimonio separado al doméstico o familiar. En la época arcaica, era costumbre que estos equipos fueran enterrados con el fallecido para que lo acompañaran al más allá. Visión que cambió cuando los germanos se cristianizaron, en la medida en que al asumir la Iglesia el cuidado del muerto en la otra vida, los objetos personales de este le fueron atribuidos a dicha institución en concepto de utensilios *pro anima*. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, Ed. Consejo General del Notariado, 2ª edición, Madrid, 2006, págs. 44 – 46 y 47; PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, pág. 176; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «Naturaleza Jurídica de la Legítima. Teoría de la “Debita Pars Valoris Bonorum”», *op. cit.*, pág. 42, nota 13; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, págs. 312 - 313.

todo el valor de los bienes relictos estuvieran afectos a los acreedores, y, aun así, nunca en exceso de la valoración de los mismos.<sup>196</sup>

El testamento, que, en definitiva, consistía en una donación por causa de muerte, no era más que un mero negocio de disposición de bienes *post mortem*, destinado, esencialmente, para ordenar legados o atribuir bienes *per universitatem*. A excepción de una porción que se dejaba a la libre disposición testamentaria, que generalmente era de un quinto, el causante tenía la imposibilidad general de disponer *mortis causa* de su patrimonio, en específico de los cuatro quintos que eran representativos de la reserva, puesto que la ley lo atribuía a los legitimarios. Circunstancia que es indicativa de que en el Derecho germánico se optó por no incorporar la libertad testamentaria romana, pero sí por adoptar las formas del testamento. La inexistencia de descendientes era el único supuesto en el que se daba cabida a la verdadera libertad de testar del Derecho romano.<sup>197</sup>

De manera que la reserva, que viene a ser la legítima germánica, partía de una base diametralmente opuesta a la llamada legítima del Derecho romano. La primera fue la consecuencia de la corrección de la regla de indisponibilidad absoluta del caudal relicto. Ya que el punto de vista germánico era que la herencia, en principio, era indisponible y que solo, excepcionalmente, el testador podría disponer con total libertad de una porción de esta. Lo demás seguiría reservado a favor de aquellas personas que cualificaban como herederos de sangre. Contrariamente, el surgimiento de la segunda tuvo la intención de restringir la absoluta libertad testamentaria del causante. Figura jurídica que se originó en un escenario en el que se pensaba que, en principio, todo el patrimonio hereditario podía disponerse por testamento y que como excepción a esta regla el testador tenía la obligación de destinar una parte del mismo para los legitimarios.

En ese sentido, mientras la legítima romana constituía una restricción a la libertad de testar, la germánica era igualmente una restricción o limitación, pero impuesta sobre la herencia legítima o forzosa. Todo tenía que ver con si había o no delación forzosa. Como esta no existía en el periodo de Roma, pues lo que había era una amplia libertad testamentaria, el contenido de la legítima romana era negativo, de freno o límite, al tener el efecto de prohibir que se dispusiera por causa de muerte. Siendo, en esta ecuación, afectado

---

<sup>196</sup> PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, pág. 175; BERNAD MAINAR, R., «De la Legítima Romana a la Reserva Familiar Germánica», *op. cit.*, pág. 39, «La Porción Legítima en la Familia del Derecho Romano», *op. cit.*, pág. 1767.

<sup>197</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, *op. cit.*, pág. 29, «Comentario al Art. 806», *op. cit.*, pág. 5832 – 5833; PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, págs. 174, 175, 176 y 177; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «Naturaleza Jurídica de la Legítima. Teoría de la “Debita Pars Valoris Bonorum”», *op. cit.*, págs. 42 - 43.

directa y negativamente el testador e indirecta y de forma positiva los llamados *sui heredes*, puesto que la restricción de la libertad testamentaria del primero, implicaba la protección cuantitativa y cualitativa del derecho legitimario del segundo. Por el contrario, al no haber más delación que la forzosa en el Derecho germánico, el sentido de la reserva era positivo porque su reducción tenía como consecuencia el que se diera paso, aunque escasamente, al ejercicio de la facultad de disponer de los bienes *mortis causa*.<sup>198</sup>

En resumen, la reserva germánica era producto de un proceso limitativo de la sucesión preordenada de tipo distributivo, que cobró sentido en el momento en que se aceptó el testamento como el instrumento apropiado para disponer las liberalidades *mortis causa*. A partir de que se admitió el testamento, se modificó la antigua concepción de indisponibilidad del patrimonio hereditario, a través de la que se estimaba que toda la herencia debía estar reservada para los descendientes. Es simple, el hecho de poder otorgar testamento, por sí mismo, suponía que se podía disponer de todo o parte del caudal relicto.<sup>199</sup>

### § 3 EL RÉGIMEN LEGITIMARIO EN EL DERECHO VISIGODO

Cuando los godos invadieron la Península Ibérica, su sistema sucesorio, al que podría serle aplicable gran parte de lo comentado referente a la reserva germánica, era uno de distribución hereditaria entre los descendientes. Régimen que era opuesto al que estaba vigente entre la población hispanorromana, en el momento de la invasión. Puesto que mientras el sistema sucesorio de los visigodos estaba sustentado en una sucesión forzosa absoluta, aunque no del todo rigurosa y estricta como la de los primitivos tiempos, y una restringida capacidad de testar, el de los hispanorromanos se fundamentaba en la plena libertad de testar. A pesar de ello, durante un tiempo, la legislación de los españoles y la de los visigodos pudo convivir a base del principio de la personalidad de las leyes o sistema dual de leyes personales, al que también se le conocía como Legislación Doble o de Castas.<sup>200</sup>

---

<sup>198</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 20 y 47. Véase, además, ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «Naturaleza Jurídica de la Legítima. Teoría de la “Debita Pars Valoris Bonorum”», *op. cit.*, págs. 40 – 48, esp. en la pág. 43.

<sup>199</sup> PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, págs. 175 y 176 - 177. Para ver un mayor detalle sobre las diferencias entre la legítima romana y la germánica, puede consultarse: BERNAD MAINAR, R., «De la Legítima Romana a la Reserva Familiar Germánica», *op. cit.*, págs. 47 – 56.

<sup>200</sup> DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desenvolvimiento en el Derecho Español; Su Comparación con las Instituciones Similares del Derecho Extranjero*, L. García-Guijarro (trad.), Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1913,

Tiempo después, producto del proceso de romanización de los visigodos y de germanización de los hispanorromanos, sus respectivos sistemas jurídicos se fusionaron, es decir, pasaron de sus respectivos ámbitos personales a su integración legislativa a nivel territorial. Concretamente, la legislación visigótica, que con anterioridad se había compilado en el *Edictum Teodorici*, como resultado de que Teodorico I<sup>201</sup> y su hijo Teodorico II<sup>202</sup> dictaran leyes aisladas, y, principalmente, en el Código de Eurico del año 475, siendo este modificado y revisado, profundamente, un siglo más tarde por el rey Leovigildo<sup>203</sup>, mediante el *Codex Revisus*, se fusionó con las leyes sucesorias romanas del periodo clásico, y por tanto previas a las reformas justinianeas, que habían sido compiladas y codificadas por Alarico II<sup>204</sup>, en Febrero del año 506, en el documento legal que comúnmente se conocía como *Lex Romana Wisigothorum*, a la que también se le conocía como el Breviario de Alarico, en latín *Breviarium Alarici* o *Aniani*, y que esencialmente estaba integrada por aspectos del Código de Teodosiano del año 438. Unificación jurídica y jurisdiccional<sup>205</sup> que se plasmó en la expresión legislativa que se denominó como *Lex Visigothorum* o *Liber Iudiciorum*<sup>206</sup>, en la

---

págs. 1, 10 – 12, 38, 44 y 329 - 330; PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, págs. 177 – 178; ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *La Mejora en Favor de los Nietos*, Ed. Edisofer, S. L., Madrid, 2003, pág. 19. Véase, además, PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 451; GARCÍA GALLO, A., «Consideración Crítica de los Estudios sobre la Legislación y la Costumbre Visigodas», en *A.H.D.E.*, 1974, págs. 346 – 347 y 423.

<sup>201</sup> Rey de los visigodos desde el año 418 al 451.

<sup>202</sup> Su reinado como rey de los visigodos se extendió desde el año 453 al 466.

<sup>203</sup> Dirigió el reinado visigodo durante el periodo del año 568 – 586.

<sup>204</sup> Rey de los visigodos durante el año 484 al 507. Era el hijo y sucesor del Rey Urico, que reinó durante los años 466 – 484.

<sup>205</sup> A esta tesis, que resulta ser la tradicional y más aceptada, se le conoce como personalista. Además de esta, hay una segunda tesis que se le denominó como territorial. En esta había dos variantes. Aquella, defendida por García Gallo, que postulaba que todos los Códigos se aplicaban tanto a los visigodos como a los hispanorromanos y que, a través del tiempo, unos a otros se iban derogando. Y otra, defendida por A. Iglesia, que afirmaba que a ambas poblaciones le aplicaba la ley goda y que solo ante la ausencia de ley se podía acudir al Derecho romano. Hay, también, una tercera tesis mixta, elaborada por J. Alvarado, que plantea la personalidad y territorialidad del derecho. Específicamente, se señala que los hispanorromanos y los visigodos se rigieron por sus respectivos derechos nacionales hasta que el Rey Leovigildo aprobó el *Codex Revisus*. Aunque, podían utilizar el Derecho romano ante la inexistencia de normas. El *Codex Revisus* pasó a ser la ley de ambas poblaciones, salvo en caso de vacío legal que podían utilizar la ley romana. ALVARADO PLANAS, J., «Lección 10: Las Fuentes del Derecho Visigodo I», *ibid.*, págs. 169 – 170, «Lección 11: Las Fuentes del Derecho Visigodo II», en *Manual de Historia del Derecho y de las Instituciones*, Ed. Sanz y Torres, S. L., Madrid, 2006, págs. 185 - 193.

<sup>206</sup> Fue la obra más importante del reino visigodo y el fundamento jurídico del Fuero de Toledo, Sevilla, Murcia, entre otros, todas ciudades conquistadas para la cristiandad, en Andalucía y el reino de Murcia, por Fernando III y Alfonso X. PÉREZ MARTÍN, A., «Glosas Medievales a Textos Jurídicos Hispánicos-Inventario y Tipos», en *Cahiers de linguistique hispanique médiévale*, núm. 14-15, 1989, pág. 22. Su elaboración fue iniciada por Chindasvinto, que fuera rey de los visigodos durante los años 642 al 653, mientras, su terminación y

que se destacaba, específicamente en su Libro IV, Título V, Ley 1ª, la Ley *Dum Inlicita* de Chindasvinto donde se adoptó la fórmula original de la institución de la mejora.<sup>207</sup>

En el mencionado Código *Visigothorum* prevaleció el criterio de la indisponibilidad en la cuantía de cuatro quintos del patrimonio hereditario, a la vez tan característico de la reserva germánica y diametralmente contrario a la legítima romana. De manera que la facultad de libre disposición quedaba reducida a una quinta parte del caudal. Además de que en dicha norma, en concreto en la Ley *Dum Inlicita*, se facultó a los ascendientes, fueran padres y madres o abuelos y abuelas, a mejorar a sus hijos o nietos hasta el máximo de una décima parte de sus bienes hereditarios, que estaban sometidos a una reserva legal de cuatro quintos del caudal.<sup>208</sup> Porción de la mejora que fue aumentada por Ervigio<sup>209</sup> al máximo de un tercio de los bienes<sup>210</sup>, como resultado de la revisión que este efectuó a la Ley *Dum Inlicita* en el siglo VII, y en específico en el año 681.<sup>211</sup>

---

promulgación fue realizada por su hijo Recesvinto en el año 654, su rey durante los años 653 al 672, aunque cogobernó con su padre desde el año 649. DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desarrollo en el Derecho Español...*, op. cit., págs. 1, 10 – 12, 18, 32, 35 y 43; GARCÍA GALLO, A., «Consideración Crítica de los Estudios sobre la Legislación y la Costumbre Visigodas», op. cit., págs. 347 y 457; ALVARADO PLANAS, J., «Lección 10: Las Fuentes del Derecho Visigodo I», en *Manual de Historia del Derecho y de las Instituciones*, Ed. Sanz y Torres, S. L., Madrid, 2006, pág. 177.

<sup>207</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., «Una Conferencia de Don Ramón María Roca Sastre sobre la Necesidad de Diferenciar lo Rural y lo Urbano en el Derecho Sucesorio», op. cit., pág. 180; PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», op. cit., pág. 178; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, op. cit., págs. 51 y 52; ROCA SASTRE, R. Mª., «La Necesidad de Diferenciar lo Rural y lo Urbano en el Derecho Sucesorio», op. cit., págs. 355 – 356; DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desarrollo en el Derecho Español...*, op. cit., págs. 1, 10 – 12, 18 y la nota 1, 34 – 35; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961, págs. 26 – 27. Véase, además, GARCÍA GALLO, A., «Consideración Crítica de los Estudios sobre la Legislación y la Costumbre Visigodas», op. cit., págs. 347, 423, 451 y 452 - 458; LALINDE ABADÍA, J., «La Sucesión Filial en el Derecho Visigodo», en *A.H.D.E.*, 1962, págs. 122 y 129; VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Ed. Talleres Tipográficos «Cuesta», 4ª edición, Valladolid, 1939, pág. 278, nota 1; ALVARADO PLANAS, J., «Lección 10: Las Fuentes del Derecho Visigodo I», op. cit., págs. 171 - 179; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, op. cit., pág. 313; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Vol. II, op. cit., pág. 451; ÁLVAREZ MORENO, Mª. T., *La Mejora en Favor de los Nietos*, Ed. Edisofer, S. L., Madrid, 2003, pág. 19.

<sup>208</sup> El texto completo en latín y su traducción al castellano se puede encontrar en: DE LACOSTE, *La Mejora: Su Origen y Desarrollo en el Derecho Español...*, op. cit., pág. 2 y nota 1; SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente y Totalmente Revisado y Puesto al Día*, tomo XIV, (revisado y puesto al día) por F. Ortega Lorca, 4ª edición, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944, págs. 488 – 481, nota 1; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., pág. 27 y nota 10. Refiérase, además, a ROMERO VIEITEZ, M. A., *La Mejora*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, págs. 42 – 43.

<sup>209</sup> Rey de los visigodos durante los años 680 al 687.

<sup>210</sup> En cuanto a la forma de calcular la mejora, hay quienes opinan que tanto la décima parte, que originalmente Chindasvinto estableció como límite a esta, como la tercera parte, a la que la aumentó, posteriormente, Ervigio, se detraía de los cuatro quintos de los bienes que constituían la reserva legal o legítima. DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desarrollo en el Derecho Español...*, op. cit., pág. 63 – 66, 143 - 145; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., pág. 28. Sin embargo, otros consideraban que su detracción, hasta principios del siglo XIII, era en relación a todos los bienes del mejorante. En la segunda mitad

No obstante, la motivación de esta legislación estuvo influenciada por la concepción del Derecho sucesorio romano, ya que se pensaba que Chindasvinto la había adoptado para contrarrestar las transgresiones que se habían estado acaeciendo en contra del *officium pietatis*. Lo curioso de este dato es que evidencia que Chindasvinto utilizó el recurso jurídico de la reserva para restringir la libertad de testar, en vez de para permitirla, que, junto a la intención de viabilizar el uso del testamento, era el genuino propósito que con este sistema se promovió en el Derecho germánico. Significa que aunque en la *Lex Visigothorum* predominó definitivamente la idea de reserva, su concepción pura no se mantuvo en la reserva visigoda porque en ella se había materializado una mayor compenetración de las nociones jurídicas germánicas y romanas.<sup>212</sup>

---

del siglo XIII fue que la deducción se efectuó respecto a los cuatro quintos. ROMERO VIEITEZ, M. A., *La Mejora*, op. cit., págs. 46 – 47 y 56 - 59; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, 9ª edición, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2015, pág. 482.

<sup>211</sup> ROMERO VIEITEZ, M. A., *La Mejora*, op. cit., págs. 44 – 47; DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desarrollo en el Derecho Español...*, op. cit., pág. 282; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, op. cit., pág. 482; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 25, 27 – 28 y nota 10; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, op. cit., pág. 470; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Vol. II, op. cit., pág. 451; ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *La Mejora en Favor de los Nietos*, op. cit., págs. 24 – 25 y nota 18. Para examinar el texto original en latín, luego de la modificación efectuada por Ervigio, refiérase a *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo I, Ed. Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1847, págs. 31 – 32.

<sup>212</sup> Como parte de su análisis de los orígenes de la legítima castellana, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Sobre el Pretendido Origen Germánico de Algunas Instituciones Jurídicas (La Legítima Castellana y la Vizcaína, la Sociedad de Gananciales. La Reivindicación de Bienes Muebles)», op. cit., pág. 298, «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», *A.A.M.N.*, Tomo 8, 1954, págs. 32 – 35 y 36, «Apuntes de Derecho Sucesorio (Posición y Derechos de los Legitimarios en el Código Civil)», op. cit., págs. 429 – 431, coincide con el criterio de que desde el primer siglo de la invasión visigoda había operado un desvanecimiento de la tradición germánica. Conclusión que cree se sostiene con el texto de la Ley Primera, Título V, Libro IV del *Liber Iudiciorum*, que resultó ser «un completo alegato contra los abusos de los padres y ascendientes, en que no hay la menor alusión a las costumbre teutónicas». Además de que en su parte dispositiva se prescribió que «los padres y abuelos, sin perder por completo la facultad de disponer su patrimonio, no podían separar por una indiscreta voluntad a los hijos y descendientes de su misma sucesión». Lo que le lleva a aceptar el planteamiento de que, desde entonces, «nuestra legítima no tenía el carácter sustantivo y positivo de atribución legal de la reserva germánica, sino el negativo de limitación mayor o menor de la libertad del “ius disponendi mortis causa” de la legítima romana». De ahí su rechazo a la afirmación de que la Ley *Dum Inlicita* del *Liber Iudiciorum* aludía a la derogación del principio romano de la libertad de testar y que, por tanto, la legislación de Chindasvinto implicaba la aproximación entre el Derecho sucesorio de los visigodos y el de los hispanorromanos. Su apreciación era, más bien, que dicho estatuto se refería a la derogación de la perdida ley de Eurico, en la que se había establecido la libertad absoluta de testar para la población visigoda, y que, por lo mismo, ello significaba «una reacción contra los resultados de una asimilación prematuramente realizada». Aunque, este autor acepta que contrario a este argumento se podría argüir «que, aun cuando el régimen legal visigodo, anterior a la Ley *Dum Inlicita*, ofreciese la plena libertad de testar, esta ley, por razón de los abusos a que en la misma se aluden, más que poner un freno a dicha libertad, lo que hizo es volver al régimen germánico de las reservas, aún vividas en las costumbres, mitigándolo como transacción, con la libre disposición del quinto y con la facultad de mejorar». Precisamente, DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desarrollo en el Derecho Español...*, op. cit., págs. 10 – 56, 330, que es un favorecedor de la postura opuesta a la de VALLET DE GOYTISOLO, opina que la Ley *Liber Iudiciorum* vino a sustituir el régimen abusivo de la ilimitada libertad de testar promovida por la ley romana, principio que entiende nunca formó parte esencial de alguna ley visigoda previa, que por el contrario se fundamentaban en una reserva

Como se ha mostrado en la primera sección de este capítulo, no fue hasta el período justiniano cuando la visión del Derecho sucesorio romano predominó en la integración de los elementos característicos de la legítima y de la reserva. Quedando la reserva goda, paulatinamente, impregnada por la esencia misma del sistema legitimario romano, en aquellos aspectos referentes a la intangibilidad, cuantitativa y cualitativa, de la legítima, sus legitimarios, su carácter de irrenunciable por anticipado, entre otros. De manera que los destellos del sistema de Derecho sucesorio visigodo se pueden percibir en el vigente régimen legitimario español, a lo sumo, en lo elevado de la cuantía de la porción legal y en la institución jurídica de la mejora.<sup>213</sup>

#### § 4

### LA LEGÍTIMA Y SU PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUALITATIVA EN EL DERECHO CASTELLANO

#### A. Edad media

Similar al periodo del Derecho romano antiguo, en la fase del Derecho castellano previa al Fuero Juzgo de 1241 predominó de igual forma el principio de la absoluta libertad de testar. En este primer cuerpo de leyes generales, que fuera consecuencia de la traducción al romance del Código legal visigodo denominado *Liber Iudiciorum*, se incluyó la Ley 1ª, Título V, Libro IV en la que se estableció que el testador solo tenía autoridad para disponer libremente de una quinta parte de sus bienes relictos.<sup>214</sup> Ello con la idea de establecer un

---

comprensiva a favor de los hijos, con un nuevo orden sucesorio característico de una sucesión forzosa, o reserva hereditaria, a favor de los hijos y de la legítima familia, en el que solo se permitía una cuota disponible insignificante. Razón por el que se incluyó la ventaja de la mejora en beneficio de los hijos. Institución jurídica de carácter ecléctico porque tiene rasgos tanto de la libertad testamentaria romana como de la sucesión forzosa germánica o visigoda.

<sup>213</sup> PUIG BRUTAU, J., «Capítulo IV: Naturaleza Jurídica de las Legítimas en el Derecho Común y Foral», *op. cit.*, págs. 178 – 179. Para información adicional sobre la Hispania visigoda puede consultarse: PACHECO, J. F., «De la Monarquía visigoda y de su Código El Libro de los Jueces o Fuero Juzgo», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo I, Ed. Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1847, págs. V - LXXV.

<sup>214</sup> «[...] Mas que el pueblo non pierda lo que non debe, ni los padres sean sin piadad a los fijos o a los nietos cuemo non deven; por ende tollemos la ley antigua que demandaba al padre y a la madre y al avuelo y al avuela dar su buena a los extraños si quisies, y a la mujer que fizies de sus arras lo que quisiese; e mandamos por esta ley que se deve guardar daqui adelante, que ni los padres ni los avuelos non pueden fazer de sus cosas lo que quisieren, ni los fijos ni los nietos non sean deseredados de la buena de los padres y de los avuelos. Onde mandamos que si el padre o la madre, el avuelo o el avuela quisier meiorar a alguno de los fijos o de los nietos de su buena, non les pueden dar mas de la tercia parte de sus cosas de meioria; ni puede dar a omne estranno de su buena, fuera si non oviere fijos o nietos, en tal manera que si el padre o la madre, o el avuelo o el avuela daquella tercia parte de sus cosas diere alguna cosa a los fijos o a los nietos specialmiente, aquello será estable cuemo le fuere mandado; ni el fijo, ni la fiia ni el nieto lo que oviere daquella tercia non puede ende fazer nenguna cosa, si non lo que mandó el padre o el avuelo. **E si aquel que a fijos o nietos, si**

mecanismo jurídico para detener y contrarrestar los abusos que estaban cometiendo algunos testadores, que basados en el existente sistema de total libertad testamentaria estaban optando por disponer de su patrimonio hereditario en beneficio de terceras personas, sin importarles que tal proceder, contrario a los sentimientos de piedad, resultara en el perjuicio de sus descendientes. Más concretamente, su propósito tenía que ver con proteger la vertiente cuantitativa de la porción legal correspondiente a los parientes más cercanos.

De ahí que esta norma se mantuviera y fuera confirmada en la Ley X, Título V, Libro III del Fuero Real de 1255<sup>215</sup>, código elaborado por Alfonso X de Castilla, conocido como el Sabio. Criterio en el que, igualmente, se inspiró la Ley VII, Título XII, Libro III del mencionado Código<sup>216</sup>, donde se declaró que, habiendo hijos o nietos, sería inválida aquella porción de la donación que excede de la quinta parte de los bienes hereditarios. Costumbre que también se favoreció en la Ley 214<sup>217</sup> de las Leyes del Estilo, compiladas entre el año 1300 y 1310, haciendo expresión del propósito para el que se podría deducir la quinta parte de la herencia.<sup>218</sup>

---

*quisiere dar a la iglesia o a otros logares, de su buena puede dar la quinta parte de lo que ovier sin aquella tercia. [...]*». Énfasis suplido. «Fuero Juzgo», Ley I, Tit. V, Lib. IV, en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, E. Pinel y A. Aguilera y Velasco (dirs.), Ed. Imprenta a cargo de Francisco Roig, Madrid, 1865, pág. 45; «Fuero Juzgo», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo I, Ed. Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1847, pág. 137. Véase, también, MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Libro III, Título III, Sección 5ª: De las Legítimas», *op. cit.*, págs. 222 – 223.

<sup>215</sup> «Ningun home que hubiere fijos, o nietos, o dende ayuso, que hayan de heredar, **no pueda mandar, ni dar a su muerte mas de la quinta parte de sus bienes....**». Énfasis suplido. *Fuero Real de España Diligentemente Hecho por Don Alonso IX: Glosado por Alonso Díaz de Montalvo*, Tomo I, Ed. Real Compañía de Impresores y Libreros del Reyno, Madrid, 1781, págs. 66 – 72; «Fuero Real», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo I, Ed. Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1847, pág. 382; «Fuero Real», en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, E. Pinel y A. Aguilera y Velasco (dirs.), Ed. Imprenta a cargo de Francisco Roig, Madrid, 1865, pág. 233.

<sup>216</sup> «[...] Otrósí, mandamos, que si alguno ficiere donacion de todo lo que hobiere, maguer que no haya fijos, no vala: e si fijos hobiere, o nietos, o dende ayuso, no pueda dar mas de su quinto: e si por aventura mas diere, la donación no vala en aquello que es demas, e vala en aquello que puede dar». «Fuero Real», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 391. Véase, también, *Fuero Real de España Diligentemente Hecho por Don Alonso IX: Glosado por Alonso Díaz de Montalvo*, Tomo I, *op. cit.*, págs. 220 - 223; «Fuero Real», en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, E. Pinel y A. Aguilera y Velasco (dirs.), Ed. Imprenta a cargo de Francisco Roig, Madrid, 1865, pág. 241.

<sup>217</sup> «[...] Y es a saber sobre esta quinta parte, y sobre esta tercia parte, quando no hay otro Fuero, ni costumbre que sea sobre la ley que sacan primero por razón del alma, y quinto de quanto hobiere, y mandarlo ha a quien quisiere [...]». Énfasis suplido. «Leyes del Estilo», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo I, Ed. Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1847, pág. 335; «Leyes del Estilo», en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, E. Pinel y A. Aguilera y Velasco (dirs.), Ed. Imprenta a cargo de Francisco Roig, Madrid, 1865, pág. 319.

<sup>218</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo III, *op. cit.*, págs. 295 – 297; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, *op. cit.*, pág. 85; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Libro III, Título III, Sección 5ª: De las Legítimas», *op. cit.*, págs. 213 y 222 – 223; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, págs. 764 - 765.



De otra parte, en la Ley XI, Título IV de la Partida VI se incorporó el contenido de la Ley romana *Quoniam in Prioribus*, en la que se consagró uno de los caracteres de la intangibilidad cualitativa de la legítima, que, como se ha destacado previamente, tiene que ver con que esta debe ser percibida sin ningún tipo de gravamen. Quedando, así, su texto redactado en los siguientes términos:

*«Libremente o sin ningund agravamiento, o sin ninguna condición, deue haber el fijo su legitima parte de los bienes de su padre, o de su madre, segund diximos en el titulo de quien puede fazer testamento, o quien non [...]. Pero si el padre quisiere establecer su fijo por heredero en más de su parte legitima, en aquello que le dexa de más, bien puede el padre poner aquella condición, que es poder del fijo de la cumplir, más ninguna de las otras condiciones, assi como las que acaescieren por aventura, o las que son mezcladas, según diximos en las leyes ante desta, non las puede poner. E si las pone, non empescen al fijo heredero, maguer non se cumplan».*<sup>219</sup>

Idea que se ha entendido que se afirma igualmente, aunque con otras palabras y en otro contexto, en la Ley IV, Título XI de la mencionada Partida.<sup>220</sup> Texto que establecía que los herederos tenían la facultad de extraer la cuarta parte legítima, que en latín se conocía como *Falcidia*, de las mandas, porque este derecho no podía ser embargado por estas y de ninguna otra forma.<sup>221</sup> Perspectiva que también se piensa manifiesta en la Ley XVII, Título I, de la Partida VI, al hacerse la salvedad de que la parte legítima se denomina así porque «[...] la

---

<sup>219</sup> LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio*, Glosadas, Tomo III, Madrid, Ed. Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, 1844, págs. 59 – 61. Véase, además, MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «“Quo Legitima Tangitur”: La Intangibilidad Cualitativa de la Legítima», *op. cit.*, pág. 46.

<sup>220</sup> MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículo 813 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, pág. 346.

<sup>221</sup> Todo ello en consideración a los siguientes supuestos: «*Empero mandas y a de tal natura, de que la non podrán sacar, e son estas, assi como de las cosas que dexa el fazedor del testamento a Iglesia, o a otro lugar religioso, o a hospital, o a pobres, o para quitar los captiuos, o en alguna otra manera que fuesse obra de piedad. Ca, de tales mandas como estas, nin de las otras semejantes dellas, non deue el heredero retenir ninguna cosa para sí por razón de Falcidia, ante deuen ser dadas cumplidamente, assi como el testador las mando. Fueras ende, si el heredero fuesse de los que descenden, o seuben por liña derecha del testador. Ca estos a tales en todas guisas deuen auer la su parte legitima, e non guela pueden embargar por tales mandas como sobredichas son, nin por otra manera ninguna. Fueras ende, si el heredero fiziesse tal yerro, por que el testador lo ouiesse desheredado con derecho. Otro si dezimos, que quando estuuiesse algún Cauallero en hueste, en seruicio del Rey, o en seruicio comunalmente de la tierra si fiziesse manda, en que dexasse mandas a otro, e estableciesse por su heredero a alguno, que non fuesse de los que descendiesen, o subiessen por la liña derecha del mismo, tal heredero como este non deue sacar de las mandas, que el Cauallero fiziesse en tal lugar ninguna cosa; maguer non ouiesse de otra parte, de que pudiesse auer la su parte legitima. E esto es, porque los Caualleros, de mientra que están en hueste, han este priuilegio, e otras mayorías, más que los otros omes, assi como se muestran en las leyes deste nuestro libro; porque son puestos para amparar el pro comunal de la tierra. Fueras ende, si el heredero fuesse fijo, o nieto, o sieruo del fazedor del testamento. Ca estos herederos atales non la deuen perder por tal razón; porque ellos están en poder del, e son tenudos de caber su ruego, e de obedescer su mandado».* Énfasis suplido. LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio*, Glosadas, Tomo III, *op. cit.*, págs. 200 – 202.

*otorga la ley a los hijos; e deuenla auer libre, e quita; sin embargo, e sin agrauamiento, e sin ninguna condición».*<sup>222</sup>

Lo cierto es que en la Partida Sexta se corrobora la premisa contenida en la Ley *Quoniam in Prioribus*, en el sentido de que todo tipo de condición, incluyendo las potestativas, no pueden ser impuestas sobre la legítima. Teniendo, evidentemente, el estatuto de las Partidas un enfoque más amplio, puesto que mientras la ley romana se limitaba a considerar como no puestas las condiciones o gravámenes, en general, que menoscababan la legítima, la Ley XI, Título IV de la Partida VI extendía su negación al agravamiento que se imponía sobre una legítima contemplada en el contexto de una institución de heredero. No es solo que se rechazaba toda clase de condiciones o cargas que se hacen recaer sobre la porción legal, sino que sobre la parte que exceda de esta solo se podrá establecer una condición potestativa. Cualquier otra modalidad, se entiende que no obliga al hijo heredero, a pesar de que la misma no se cumpla. En otras palabras, el legitimario queda liberado de su cumplimiento, a menos que no quiera incumplirla. Conclusión que es la que, precisamente, ha sido seguida por la mayoría de la doctrina.<sup>223</sup>

Destacar, además, que en las Leyes XVII y VII, del Título I y XI, respectivamente, de la VI Partida se expresaba que la legítima es una deuda que el causante tiene por naturaleza respecto a sus descendientes y ascendientes y que, como tal, debe ser pagada con los bienes de su caudal hereditario. En la primera se mantiene el respeto a la legítima en el caso de que el padre, madre u otro ascendiente que profesen como religiosos, al que se les niega la testamentifacción activa y, ordinariamente, todos sus bienes van a parar al convento, tuviera hijos u otros descendientes. Al respecto, concretamente, se dispone que «[...] *si este atal ouiesse hijos, o otros herederos que descendiessen del, puede partir entre ellos lo que ouiere, de manera que de a cada vno dellos su legitima parte* [...]».<sup>224</sup> Cualificando a la legítima como «*parte debita jure naturae*». En términos parecidos, en la segunda se expone que «[...]

---

<sup>222</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, pág. 349; LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio, Glosadas*, Tomo III, *op. cit.*, pág. 17; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Los Complementos de la Legítima», *A.D.C.*, volumen XXVI, fascículo 1, Enero – Marzo 1973, pág. 61.

<sup>223</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio. Estudios Dispersos Sobre Las Legítimas*, volumen III, *op. cit.*, págs. 308 – 313, «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, págs. 51 - 53; MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «“Quo Legítima Tangitur”: La Intangibilidad Cualitativa de la Legítima», *op. cit.*, págs. 46 – 47; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, pág. 770; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo III, *op. cit.*, págs. 281 – 287.

<sup>224</sup> LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio, Glosadas*, Tomo III, *op. cit.*, págs. 16 - 17. Véase, además, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, pág. 765.

*si los herederos fuessen de los que descenden, o suben por liña derecha de los fazedores de los testamentos. Ca, estos ataes deuen auer la su parte legitima, por debdo que han en los bienes del padre naturalmente [...]*».<sup>225</sup> Además de que en la mencionada Ley XI, Título IV de la Sexta Partida, se vuelve a recalcar, claramente, que la legítima de los hijos se debe pagar con los bienes del padre o de la madre que hubiera fallecido.

## B. Edad moderna

La Ley XXVIII<sup>226</sup> de las Leyes de Toro de 1505 vino a precisar el contenido de la Ley 1ª, Título V, Libro IV del Fuero Juzgo y de la Ley X, Título V, Libro III del Fuero Real, a los efectos de que solo una quinta parte de los bienes fuera la porción máxima que podían utilizar el padre o la madre para donar y mandar, en vida y muerte, respectivamente, aunque fuera a favor de cualquiera de sus hijos o descendientes. El propósito de esta aclaración era impedir que el causante dejara varios quintos de sus bienes, algunos en vida y otros a su muerte. Más específicamente, la idea era limitar la facultad dispositiva del testador, en cuanto a sus hijos o descendientes, a solo un quinto de sus bienes, ya fuera que la ejerciera *inter vivos* o *mortis causa*.

En definitiva, el objetivo primordial era evitar que se viera perjudicada la vertiente cuantitativa de la legítima. Y ello se lograba, ya fuera en el caso de que el causante mejorara a uno de sus hijos en el tercio más el quinto de su caudal, o que lo mejorase en dos quintos, sin recurrir al tercio, pero no en el supuesto de que además de darle el tercio de sus bienes le concediera dos quintos de estos. Tal actuación infringiría la cuantía de la porción legal. En el caso de los extraños, como se ha señalado, el testador solo estaba autorizado a atribuirle un quinto de su patrimonio.<sup>227</sup>

---

<sup>225</sup> LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio*, Glosadas, Tomo III, op. cit., pág. 210.

<sup>226</sup> «La ley del fuero que permite que el que tuviere hijo, o descendiente legítimo pueda hacer donación fasta la quinta parte de sus bienes, y no más; y la otra ley del fuero, que asimismo permite que puedan mandar teniendo hijos, o descendientes legítimos a tiempo de su muerte la quinta parte de sus bienes, se entienda, y platique, que por virtud de la una ley, y de la otra no pueda mandar el padre, ni la madre a ninguno de sus hijos, ni descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida, y en muerte». NOLASCO DE LLANO, P., *Compendio de los Comentarios Extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Ed. Imprenta Real, Madrid, 1795, pág. 104; *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo VI, Ed. Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1849, pág. 561.

<sup>227</sup> ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Toro, según Espíritu y el de la Legislación de España, en que se Tratan las Cuestiones Prácticas, Arreglando sus Decisiones a las Leyes y Resoluciones más Modernas que en el Día Rigen*, Ed. Imprenta Fuentenebro, Madrid, 1833, págs. 165 – 167; GONZÁLEZ Y SERRANO, J., *Comentario Histórico, Crítico y Jurídico a las Leyes de Toro, Continuación del que Comenzó a Publicar el Excmo. Sr. D. Joaquín Francisco Pacheco, Obra Póstuma*, Tomo II, Ed. Imprenta y Fundición de M. Tello, Madrid, 1876, págs. 36 – 38; LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario, Crítico, Jurídico, Literal a las*

Esta regulación contenida en la Ley XXVIII de Toro se incorporó, sin alteración alguna, en la Ley XII, Título VI, Libro V de la Nueva Recopilación de 1567. Y posteriormente, también, fue íntegramente trasladada a la Ley VIII, Título XX, Libro X de la Novísima Recopilación de 1805.<sup>228</sup>

En cuanto a la rigidez que la Ley XI, Título IV, de la Partida VI impuso para la protección de la vertiente cualitativa de la legítima, que tiene que ver con la no imposición de carga alguna, se ha entendido que la misma se trató de atenuar mediante la Ley XXII<sup>229</sup> de Toro. Ello en la medida en que a través de esta se autorizó que el padre o la madre pudiera imponer un gravamen sobre el tercio o quinto de mejora que le concediera a su hijo o descendiente, como compensación adicional a la legítima estricta. Es decir, una carga a cambio de una atribución cuantitativa mayor.<sup>230</sup>

Concepción que, a nuestro modo de ver, se fundamenta en la idea de que la mejora es legítima. Al respecto, pensamos que la Ley XXVIII de Toro dejó intacta la disposición de la Ley XI, Título IV, de la VI Partida, en lo que se refiere a que es inaceptable cualquier tipo de condición o gravamen sobre la porción legitimaria, y que lo que hizo fue ampliar las clases de cargas o condiciones que el causante estaba facultado para imponer sobre aquella parte que constituía un exceso de la legítima. Así, precisamente, fue entendido por cierto autor, al comentar que la modificación, es decir, el permitir que se imponga un gravamen o una condición de restitución en el tercio, a favor, y en el siguiente orden, de los descendientes legítimos, de los ilegítimos, a los que se les hubiera reconocido derecho a heredar, de los

---

*Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Tomo I, 3ª edición, Ed. Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Madrid, 1853, págs. 517 – 520.

<sup>228</sup> *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Tomo V, Libros X, XI y XII, pág. 126, en fama2.us.es/fde/ocr/2006/novisimaRecopilacionT5.pdf, (última consulta realizada el 3 de enero de 2017).

<sup>229</sup> «Mandamos que quando el padre, o la madre, mejoraren a alguno de sus hijos, o descendientes legítimos en el tercio de sus bienes, en testamento, o en otra cualquier última voluntad, o por contrato entre vivos, que le puedan poner el gravamen que quisieren, así de restitución, como fideicomiso; y hacer en el dicho tercio los vínculos, submisiones, y sustituciones que quisieren, con tanto que lo hagan entre sus descendientes legítimos, y a falta de ellos que lo puedan hacer entre sus descendientes ilegítimos que hayan derecho de les poder heredar, y a falta de los dichos descendientes, que lo suso puedan hacer entre sus ascendientes, y a falta de los susodichos puedan hacer las dichas submisiones entre sus parientes, y a falta de parientes entre los extraños, y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno, ni condición en el dicho tercio. Los quales, dichos vínculos, y submisiones, ora se hagan en el dicho tercio de mejoría, ora en el quinto: mandamos que valgan para siempre, o por el tiempo que el testador declarare, sin hacer diferencia de quarta, ni quinta generación». NOLASCO DE LLANO, P., *Compendio de los Comentarios Extendidos por el Maestro Antonio Gómez á las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, op. cit., págs. 103 – 104; *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo VI, op. cit., pág. 561.

<sup>230</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio. Estudios Dispersos Sobre Las Legítimas*. volumen III, op. cit., págs. 313 - 314; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, op. cit., pág. 86.

ascendientes, de los restantes parientes y de las personas extrañas, se justifica en que esta porción de la herencia tiene el doble carácter de mejora y de legítima.<sup>231</sup>

## § 5 LA LEGÍTIMA Y SU PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUALITATIVA EN LA ETAPA CODIFICADORA

Previamente a la elaboración del vigente Código Civil de España, el primer postulado del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima que se encarga de asegurar la calidad en que se debe abonar la parte legal que le corresponde a los legitimarios del causante, se hizo manifiesto en el art. 640 del Proyecto de 1851. Precepto en el que se disponía que los «herederos forzosos [eran] aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de que no puede privarlos sin justa causa y probada de desheredación». Procediéndose a denominar como «legítima» a esa «porción reservada».<sup>232</sup>

Esta obligación ordinaria del testador de pagar la legítima *in natura*, es decir, con bienes del patrimonio hereditario, se hizo extensiva al art. 791 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888. Si bien se varió el orden de las palabras expuestas, la idea central y el propósito que se perseguía se mantuvo. Su redacción establecía que la «[l]egítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos».<sup>233</sup>

Dicho contenido pasó íntegro a formar parte del art. 806 del CC, que se aprobó y promulgó finalmente en 1889, luego de un proceso codificador convulso. Desde entonces y hasta nuestros tiempos, su texto ha perdurado sin variación alguna. Al interpretarlo, el Tribunal Supremo y también la doctrina científica han asumido la postura de que en la legítima convergen dos categorías: la calidad, según definida en el art. 806 del CC, y la cantidad de lo que tienen derecho los herederos forzosos.<sup>234</sup> Expresión que refuerza la regla

---

<sup>231</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, págs. 770 – 771.

<sup>232</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, *op. cit.*, pág. 348.

<sup>233</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882 – 1888), con un Estudio Preliminar, Notas y Concordancias*, 2ª edición, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2006, pág. 250, concluyendo que este precepto se fundamentó en el texto del art. 1.784 del primer Código Civil de Portugal de 1867, que leía: «Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por estar destinada por la ley a los herederos en línea recta ascendente o descendente. § único. Esta porción consiste en las dos terceras partes de los bienes del testador, a salvo lo dispuesto por el art. 1.787».

general de que la legítima está protegida tanto en su intangibilidad cuantitativa como en la cualitativa.

Siendo la regla general que la legítima sea abonada en bienes hereditarios, el acto del causante de proceder a satisfacerla en efectivo o patrimonio extrahereditario implicará una infracción cualitativa a la misma. De manera que esta norma será la que prevalecerá, salvo que resulte aplicable alguno de los supuestos que estudiaremos entre los capítulos tercero al quinto de este trabajo, en los que el legislador previó que la legítima pudiera ser abonada con metálico extrahereditario.

En cuanto al segundo postulado del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, que se encarga de impedir que el causante pueda imponerle gravámenes a la porción legal a la que algunos de sus parientes cercanos tienen derecho, este se hizo patente en el art. 643 del Proyecto de CC de 1851. Su texto era sencillo, pero bien claro: «La legítima no admite gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie».<sup>235</sup> Esta norma, con un texto un poco más amplio, se preservó en el art. 798.2 del Anteproyecto del Código Civil de 1882-1888. Aunque, hay quien ha entendido que la misma se fundamentó en el contenido del art. 808 del original Código Civil italiano de 1865, que decía: «La porción legítima es cuota de herencia: se debe a los hijos, descendientes o ascendientes en plena propiedad y sin que el testador pueda imponer sobre ella ningún gravamen o condición».<sup>236</sup> En definitiva, el art. 798.2 del Anteproyecto del CC de 1882-1888 quedó redactado en los siguientes términos: «Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo». Redacción que fue traspuesta literalmente al art. 813.2 del CC de 1889.<sup>237</sup>

Estos diversos precedentes del art. 813.2 del CC y su propio texto han movido al Tribunal Supremo a asumir la postura de que como regla general el ejercicio de la voluntad testamentaria no puede conllevar la afectación de los derechos legitimarios de los herederos

---

<sup>234</sup> STS de 26 de junio de 1951, Sala Civil, (RJ 1951/1670); DE FUENMAYOR CHAMPIN, A., «Intangibilidad de la Legítima», en *A.D.C.*, tomo 1, Enero - Marzo 1948, págs. 57 – 58 y 63. Véase, además, STS núm. 338 de 26 de abril de 1997, Sala Civil, (RJ 1997/3542); STS de 31 de marzo de 1970, Sala Civil, (RJ 1970/1854); SAP de A Coruña, núm. 484, de 30 de diciembre de 2016, Sección 5ª, (AC 2017/184).

<sup>235</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, *op. cit.*, pág. 349.

<sup>236</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882 – 1888)...*, *op. cit.*, pág. 252. En contra, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, pág. 60, entiende que la redacción del art. 798 del Anteproyecto de 1882 – 1888 se asemeja más al contenido del art. 643 del Proyecto de CC de 1851.

<sup>237</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, *op. cit.*, pág. 85, «Comentario al Art. 813», *op. cit.*, pág. 5919; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, págs. 60 - 61.

forzosos del causante. Significa que no es suficiente que el causante respete el *quantum* de la legítima que le corresponde a los herederos forzosos, sino que, ordinariamente, esta deberá, además, dejarse en bienes hereditarios y en plena propiedad.<sup>238</sup>

Durante todo el siglo XX, el art. 813.2 del CC se mantuvo inalterado. No fue hasta entrado el vigente siglo, con la aprobación de la LPPPD, que la redacción de este precepto fue modificada. Modificación que está relacionada con la inclusión de la posibilidad de crear una sustitución fideicomisaria a favor de los descendientes legitimarios que hubieran sido declarados incapacitados, como una excepción expresa a la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima, además del usufructo del cónyuge superviviente. Específicamente, su texto después de esta reforma quedó redactado en los siguientes términos: «Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y **lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados**».<sup>239</sup>

Al analizar este precepto, la doctrina ha estimado que la palabra gravamen que se incluye como parte de su texto, debe interpretarse en su significado más amplio. En ese sentido, estaremos ante un gravamen vedado por el art. 813.2 del CC, si el testador establece cualquier tipo de obligación con relación a la porción legal o, mediante prohibiciones e imposiciones, de algún modo restringe o merma la libertad dispositiva y el pleno goce y disfrute que el legitimario debe tener sobre los bienes que conforman su legítima. Más específicamente, se trata de la imposición de cualquier plazo, prohibición de disponer o de enajenar, término, carga modal, derechos reales de goce sobre bienes hereditarios a favor de otro, tales como el usufructo, uso, habitación, superficie, vuelo o subsuelo. En definitiva, cualquier otro tipo de limitación que resulte lesivo a la legítima o que tenga como consecuencia que esta sea atribuida inadecuadamente.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> STS núm. 524 de 18 de julio de 2012, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2012/8364); SAP de A Coruña, núm. 484, de 30 de diciembre de 2016, *supra.*; SAP de las Palmas, núm. 114, de 29 de marzo de 2007, Sección 5ª, (JUR 2007/147909); STSJ de Galicia, núm. 1 de 5 de febrero de 2001, Sala Civil y Penal, (RJ 2001/6530); RDGRN núm. 13148 de 23 de octubre de 2017, (RJ 2017/5850); RDGRN núm. 11520 de 26 de septiembre de 2014, (RJ 2014/5496); RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, *op. cit.*, págs. 86, nota 51 y 90, haciendo mención de los casos: STS de 25 de febrero de 1879, STS de 6 de marzo de 1891 y STS de 11 de julio de 1905.

<sup>239</sup> Énfasis suplido.

<sup>240</sup> BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 813 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, pág. 1131; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 813», *op. cit.*, págs. 5920 y 5928, *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, *op. cit.*, págs. 91 – 92 y 106; DE FUENMAYOR CHAMPIN, A., «Intangibilidad de la Legítima», *op. cit.*, págs. 57 y 59 – 60; CAPILLA RONCERO, F., «Artículo 813 del CC», en *Código Civil Comentado*, (dirs. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Vol. II, Libro III, Ed. Aranzadi, S.A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 810 y 814 – 815; REAL PÉREZ, A.,

Sentido de máxima amplitud que también se ha entendido extensivo para la comprensión del término jurídico condición y el de sustitución, ambos incluidos igualmente como parte de los actos que el art. 813.2 del CC le prohíbe imponer al testador sobre la legítima. Ello, con la idea de viabilizar que el heredero forzoso pueda percibir completamente lo que le corresponde por su porción legal.<sup>241</sup>

Respecto al primero, la prohibición alcanza a toda clase de condición que el testador imponga en contra del legitimario para fortalecer algún gravamen que previamente hubiera establecido sobre la legítima de este. Bajo esa premisa, la negativa se aplica tanto a la llamada condición suspensiva como a la resolutoria.<sup>242</sup>

Aunque, en cuanto a la condición potestativa y específicamente al caso de la *cautela socini* o *gualdense* que se articula a través de esta, prácticamente, la unanimidad de la doctrina la considera admisible bajo el argumento principal de que su mecánica es similar al del supuesto que se promueve en el art. 820.3 del CC. Más claramente, porque su aplicación queda supeditada enteramente a la decisión del heredero forzoso de respetar las disposiciones testamentarias, a pesar de que ello signifique permitir que el causante infrinja su derecho legitimario. A través de esta figura jurídica, el testador incentiva al heredero forzoso a que soporte una variada gama de limitaciones o gravámenes sobre su porción legal, en otros términos, una merma cualitativa en su legítima, a cambio de percibir más o mejores atribuciones de lo que por esta tendría derecho. De manera que si el legitimario acepta que la intangibilidad cualitativa de la legítima sea transgredida, no solo dicho acto se tornará enteramente eficaz y exigible, sino que este se beneficiará de más atribuciones de las que por ley debería recibir. Por el contrario, si este opta por mantener la integridad cualitativa de su porción legal, entonces, no podrá disfrutar de las atribuciones adicionales, es decir, solo percibirá su legítima.<sup>243</sup>

---

*Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., págs. 103 - 104; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2ª edición, Navarra, 2016, pág. 377.

<sup>241</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, op. cit., pág. 374.

<sup>242</sup> CAPILLA RONCERO, F., «Artículo 813 del CC», op. cit., pág. 814; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», op. cit., pág. 377.

<sup>243</sup> STS núm. 254 de 3 de septiembre de 2014, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2014/4795); STS núm. 717 de 21 de abril de 2014, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2015/1913); STS núm. 838 de 10 de junio de 2013, Sala Civil, Sección Pleno, (RJ 2015/6242); STS núm. 280 de 6 de mayo de 2013, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2013/8072); STS núm. 863 de 21 de noviembre de 2011, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2012/1635); STS núm. 339 de 27 de mayo de 2010, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2010/5158). Véase, también, SAP de Alicante, núm. 261, de 10 de junio de 2016, Sección 9ª, (JUR 2016/245442); SAP de Vizcaya, núm. 43 de 5 de marzo de 2015, Sección 5ª, (JUR 2015/132275); DE FUENMAYOR CHAMPIN, A., «Intangibilidad de la Legítima», op. cit., págs. 65 - 72.



El usufructo viudal universal es el caso más típico que se promueve a través de estas también llamadas cláusulas de opción compensatorias de la legítima. Su propósito es que a la muerte de uno de los consortes, el que le sobrevivió pueda mantener un estilo de vida similar al que tenía cuando ambos estaban vivos. Para ello, a los hijos se le confiere la nuda propiedad de los bienes que componen el caudal relicto del causante, mientras al cónyuge viudo se le otorga el control, la posesión y el goce de la totalidad de la herencia, que evidentemente es mucho más que la cuota legal usufructuaria que por legítima tendría derecho a percibir. Significa que si los hijos aceptan esta disposición testamentaria, deberán esperar hasta el fallecimiento del cónyuge *supérstite* para adquirir la plena propiedad sobre todos los bienes hereditarios. De rechazarla, únicamente recibirán lo que por legítima les correspondería.<sup>244</sup>

Es importante destacar que en la actualidad no hay dudas sobre la validez de este ejemplo de cautela *socini*. Máxime por el nuevo texto del art. 831 del CC, modificado por la LPPPD, que permite que el testador conceda una amplia fiducia sucesoria a favor del cónyuge viudo, mediante la cual este podría tener la administración vitalicia de todo el patrimonio hereditario; la facultad de mejorar a los hijos comunes, incluso con el tercio de libre disposición; la facultad partitiva, con la peculiaridad de que en el caso de los descendientes comunes puede ejercitarla para pagar sus legítimas tanto con bienes de la herencia como de la sociedad de gananciales disuelta y sin liquidar y hasta con los suyos propios; atribuir bienes concretos; entregar bienes determinados y específicos, como si se tratara de legados; entre otras tantas potestades. Todo ello, sin perjudicar las legítimas ni cualquier otra disposición testamentaria que el causante hubiera realizado a favor de los descendientes comunes o no comunes. Destacándose en este último caso en particular, que las amplias facultades que el causante fallecido podría concederle al consorte viudo no tendrán el efecto de alterar el régimen de la institución legitimaria, lo que evidentemente incluye su principio de intangibilidad, en sus dos variantes, cuantitativo y cualitativo.<sup>245</sup>

Con relación a la expresión del art. 813.2 del CC de que el testador está impedido de establecer sobre la legítima «sustitución de ninguna especie», esta debe interpretarse con el objetivo de alcanzar la finalidad general que el legislador pretende con esta norma. Por

---

<sup>244</sup> STS núm. 715 de 10 de julio de 2003, Sala Civil, Sección Única, (RJ 2003/4628); STS núm. 1132 de 3 de diciembre de 2001, Sala Civil, (RJ 2001/9925); SAP de Alicante, núm. 261, de 10 de junio de 2016, *supra.*; SAP de Vizcaya, núm. 43 de 5 de marzo de 2015, *supra.*; CAPILLA RONCERO, F., «Artículo 813 del CC», *op. cit.*, pág. 819; STSJ de Galicia, núm. 1 de 5 de febrero de 2001, *supra.*

<sup>245</sup> CAPILLA RONCERO, F., «Artículo 813 del CC», *op. cit.*, págs. 817 – 819. Para mayores detalles sobre el particular, puede verse: RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil: Auténtica Fiducia Sucesoria en Derecho Común*, Madrid, Ed. Consejo General del Notariado, 2014, págs. 441 – 488 y 491 – 558.

ejemplo, en cuanto a la sustitución vulgar, esta sería permisible en el supuesto de que hubiera un único legitimario, puesto que esta figura, precisamente y según el art. 774 del CC, es aplicable si este no llegara a convertirse en tal. Si, por el contrario, hubiesen otros herederos forzosos, este tipo de sustitución solo sería válida y admisible si la misma se estableció a favor de aquellas personas que serían las que se convertirían en legitimarias, en defecto del sustituido. Además, esta podría ser impugnabile si con su constitución se pretende impedir que la renuncia de un legitimario, tal y como siempre ocurre en el supuesto de repudiación que se contempla en el art. 985.2 del CC, sirva para incrementar la cuota legal de los coherederos forzosos del renunciante. De igual forma, y según se establece expresamente en el art. 777 del CC, la sustitución pupilar y ejemplar se permiten siempre y cuando no perjudiquen la legítima de los herederos forzosos del sustituido. Aunque, respecto a estas dos últimas modalidades se ha sostenido que más que una sustitución se trata más bien de una designación de heredero realizada por comisario.<sup>246</sup>

De no cumplir el causante con los parámetros prohibitivos del art. 813.2 del CC, la consecuencia será que el legitimario gravado pueda considerar como no puesta la afectación que por testamento se impuso sobre su porción legal.<sup>247</sup> Resultado que, como explícitamente se reconoce en el mencionado precepto, no se conseguirá si son aplicables la excepción de la

---

<sup>246</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 813 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S. A. U., 1ª edición, Valladolid, 2010, pág. 931; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 813 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1132; CAPILLA RONCERO, F., «Artículo 813 del CC», *op. cit.*, págs. 812 – 813; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», *op. cit.*, pág. 378. Véase, también, RDGRN núm. 11520 de 26 de septiembre de 2014, *supra.*; STS núm. 715 de 10 de julio de 2003, *supra.*

<sup>247</sup> BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 813 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1131; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 813 del CC», *op. cit.*, pág. 931; REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 105 y 110, *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1988, pág. 176; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», *op. cit.*, págs. 375 – 376. Todos haciendo referencia a la STS de 18 de noviembre de 1930, (RJ 1930-31/1273). Véase, también, DE FUENMAYOR CHAMPIN, A., «Intangibilidad de la Legítima», *op. cit.*, pág. 58; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Observaciones entorno a la Naturaleza de la Legítima: A Propósito de un Trabajo de Manuel Peña Bernaldo de Quirós», en *A.D.C.*, tomo XXXIX, número 2, Enero – Marzo 1958, pág. 46, trabajo publicado, además, en *A.D.C.*, núm. 1, 1986, pág. 46. Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 813», *op. cit.*, págs. 5928 - 5931, *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, *op. cit.*, págs. 108 - 113, piensa que sancionar con el régimen de nulidad absoluta y automática la afectación prohibida por el art. 813.2 del CC, le niega al legitimario gravado la posibilidad de aceptar, si es su deseo, el gravamen impuesto por el testador. De ahí que proponga, como otra posible postura, que sea el legitimario, que viene a ser la persona interesada en la ineficacia de la carga, el que actúe para dejarlo sin efecto. Más específicamente, que la aceptación o negación del gravamen dependa exclusivamente de la voluntad del heredero forzoso. Su tesis se enfoca en la ineficacia relativa de la cláusula que impone la carga, válida en un principio, pero a la vez, únicamente, sujeta a una posible impugnación por parte del legitimario afectado. Ineficacia relativa porque el legitimario tiene la posibilidad de petitionar la supresión del gravamen que recae sobre su cuota legal. Ello fundamentado en que el art. 813.2 del CC contiene una norma prohibitiva para el testador y no para el legitimario, que tiene la opción de admitir como válida su legítima gravada, por muy perjudicial que esta le resulte.

cuota viudal usufructuaria<sup>248</sup>, que es la legítima que la ley establece a favor del cónyuge viudo, y la sustitución fideicomisaria a favor del hijo o descendiente legitimario al que se le declaró como incapacitado. Siendo esta última figura jurídica, precisamente, una de las excepciones al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima que se estudiará en este escrito, específicamente en el Capítulo VI. Aunque, existen otros supuestos que también serán objeto de estudio en este trabajo porque, a pesar de que no están expresamente excluidos del contenido del art. 813.2 del CC, como por ejemplo el derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado, regulado en el art. 822 del CC, tampoco les resulta aplicable esta vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima. Ya que el legislador ha decidido recogerlas como excepciones, asimismo, en otros artículos del CC.

Lo expuesto hasta ahora sugiere que hay una clara correlación entre el contenido del art. 813 del CC y el art. 806 del CC. No solo porque el apartado segundo del art. 813 del CC y el art. 806 del CC conforman el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Sino también porque la definición que se confiere a la institución legitimaria en el art. 806 del CC fuerza lógicamente la consecuencia del texto del art. 813 del CC. Si el testador está impedido de disponer de una parte de sus bienes relictos porque esta le pertenece a los legitimarios que la ley previamente ha determinado, entonces es evidente que tampoco podrá privarlos de esa porción legal, ni imponerle gravamen, condición, ni sustitución de ningún tipo.<sup>249</sup> A lo que se añade que la protección de la legítima se completa con el párrafo primero

---

<sup>248</sup> En la doctrina hay un debate en cuanto a si la excepción a la que alude el art. 813.2 del CC tiene que ver con la cuota legal usufructuaria del viudo que constituye su derecho legitimario o si más bien se refiere a la figura jurídica del usufructo universal a favor del cónyuge *supérstite*. La casi totalidad de los autores ha entendido que se trata del usufructo legal del viudo. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La Opción Legal del Legitimario cuando el Testador ha dispuesto un Usufructo o una Renta Vitalicia que Sobrepase la Porción Disponible», *op. cit.*, pág. 608. Véase, también, REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 102 – 103. Aunque, hay quien considera que se refiere tanto a este como al usufructo universal del consorte sobreviviente. TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», *op. cit.*, pág. 376. No obstante, hay un sector de la doctrina que argumenta que como la lógica de la sintaxis del art. 813.2 del CC tiene que ver con una prohibición dirigida al testador, entonces, lo coherente es pensar que la salvedad a la misma, que aparece en la parte final de este precepto, debe referirse al acto del causante de imponer el usufructo universal a favor de su cónyuge viudo. Piensan que no puede tratarse del usufructo legal porque, según se establece en los arts. 834 al 838 del CC, es obvio que este sí puede gravar las legítimas. Por lo que esta evidente excepción pudo haberla omitido el legislador. A lo que se añade que como la prohibición de vulnerar las legítimas se establece en contra del testador y considerando que el usufructo viudal se impone legislativamente y no es resultado de la imposición del causante, la excepción a la regla general de la intangibilidad que está contenida en la frase «lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo», debe referirse a lo dispuesto por el testador, es decir, el usufructo universal del consorte *supérstite*. REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 103. Comparten este último criterio: BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 813 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1131; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 813 del CC», *op. cit.*, pág. 932. Véase, además, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 813», *op. cit.*, págs. 5920 - 5921, *La Cautela Gualdense o Socini y el Artículo 820.3*, *op. cit.*, págs. 92 – 93, que plantea que «[l]a excepción a la prohibición del artículo 813.II del Cc no debería ser el usufructo legal viudal, que es un gravamen impuesto por la ley, sino los supuestos en que el testador tiene libertad para imponer los gravámenes sobre la legítima...».

del art. 813 del CC, que, junto a los arts. 815, 817, 819, 820, 821 y 848 del CC, integra el principio de intangibilidad cuantitativa.

De manera que, actualmente, los derechos del legitimario están tutelados tanto cuantitativa como cualitativamente. En otros términos, al heredero forzoso su legítima no solo se le protege cuando se le confiere menos de lo que la ley dicta que corresponde por virtud de ella, sino además cuando en el caso de que se respete la porción de lo que se debe, esta se le deja de forma diferente a la que debería ser exigible. Nos referimos al supuesto en que, sin permitirlo la ley, la legítima se paga con bienes ajenos al haber hereditario o habiéndose abonado con los recursos del caudal relicto, se impone sobre ella algún gravamen en beneficio de otra persona. Lógica que es, claramente, cónsona con el hecho de que en la legítima además de la cantidad, también tiene un papel importante la calidad y forma en que se perciben los bienes relictos.<sup>250</sup> Claro está, no olvidemos que el legislador, en pro del bienestar social, económico y familiar de los ciudadanos, ha optado por aumentar la libertad dispositiva del causante flexibilizando, principalmente, el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, al imponer diversas excepciones a su aplicabilidad. Muchas de las cuales, como ya les hemos ido adelantando, serán abordadas en detalle durante este trabajo de investigación.

## § 6 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA

Este tema es bastante complejo porque, igual que la temática general que abordamos en este trabajo, ha sido analizado por una variedad de excelentes autores, algunos coincidiendo en su punto de vista y otros presentando posturas diametralmente opuestas. En ese contexto, nos enfocaremos en presentar un análisis a grandes rasgos de las cinco teorías que doctrinalmente han sido asumidas respecto a la naturaleza jurídica de la legítima, para luego adoptar una posición en cuanto a este asunto. Ello es preciso porque esta idea servirá de base para determinar si las diversas excepciones que el legislador ha ido aprobando a través de los años para flexibilizar la aplicación del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, y por ende ampliar la libertad de testar del causante, han significado la evolución o desnaturalización de este principio y, a su vez, han implicado un efecto sobre la naturaleza de

---

<sup>249</sup> MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículo 813 del CC», *op. cit.*, pág. 347.

<sup>250</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 813», *op. cit.*, pág. 5917; REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 11, 101 y 110, *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 175 - 176; CAPILLA RONCERO, F., «Artículo 813 del CC», *op. cit.*, págs. 809 – 810.

la institución legitimaria. En otras palabras, constatando cuál es la naturaleza jurídica de la legítima, podemos establecer cuál era y es ahora la configuración del principio de intangibilidad cualitativa, es decir, si el mismo ha mutado o persiste tal cual era desde sus orígenes.

La doctrina ha basado su definición de la naturaleza de la legítima en la forma en que han caracterizado la posición jurídica del legitimario. Algunos concibiéndolo como un heredero, otros como un simple acreedor o, uno que está garantizado con un derecho real o, como aquel que tiene derecho a una parte alícuota del activo hereditario.

Aquellos que entienden que la naturaleza jurídica de la legítima es *pars hereditatis*, lo hacen fundados en la teoría de que la figura del heredero forzoso solo se puede explicar desde la óptica de que el legitimario debe ser, necesariamente, un heredero. Será heredero aun en contra de la propia voluntad del testador, porque es la ley la que lo designa como sucesor universal. Por lo que, debe considerarse un acto particional la acción del causante de atribuir bienes concretos. Su criterio es que el legitimario es un coheredero que pasa a ser cotitular tanto de los activos como de los pasivos del caudal relicto. Teoría que está inspirada en el sistema germánico de legítima y que se apoya en el análisis puramente literal de los arts. 806 – 807, 813 – 817, 820 – 821, 825, entre otros, todos del CC, donde se hace mención a los herederos forzosos.<sup>251</sup>

---

<sup>251</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La Legítima en la Sucesión Intestada en el Código Civil*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 1996, pág. 349, Tesis Doctoral: «La Legítima en la Sucesión Intestada», de la Universidad Complutense de Sevilla, Facultad de Derecho, Sevilla, 1994, págs. 571 – 572; REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 26 – 31; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Legítimas*, Vol. 1, *op. cit.*, págs. 180 – 183, 188 – 189 y 190, *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, pág. 540, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», en *A.D.C.*, fascículo 1, 1970, págs. 15 – 18, 23 – 24 y 25 – 26; BLASCO GASCÓ, F. de P., *Instituciones de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 173; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 316. Entre los representantes de este pensamiento jurídico, se encuentran: DE FUENMAYOR CHAMPIN, A., «Intangibilidad de la Legítima», *op. cit.*, págs. 63 – 64 y 73; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «La Naturaleza de la Legítima», en *A.D.C.*, tomo XXXVIII, núm. 4, Octubre – Diciembre 1985, págs. 850, 864 – 867 y 876 – 907. (Trabajo publicado, además, en *Derecho Civil: Estudios, Comentarios y Notas*, tomo IV, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, págs. 2753 – 2819.); VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, *op. cit.*, págs. 211 – 216; ORTEGA PARDO, G., «Heredero Testamentario y Heredero Forzoso», en *A.D.C.*, núm. 2, 1950, págs. 333 – 361, *Naturaleza Jurídica del Llamado: «Legado en Lugar de la Legítima»*, Ed. Gráfica Unión, Madrid, 1945, págs. 129 – 132 y 151 – 162; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, págs. 711 – 719. También, el máximo tribunal en algunas de sus sentencia ha asumido como correcta esta tesis. Nos referimos, por ejemplo, a la STS núm. 338 de 26 de abril de 1997, *supra.*; STS de 8 de mayo de 1989, Sala Civil, (RJ 1989/3673); STS de 31 de marzo de 1970, *supra.* (Véase, además, RDGRN núm. 1022 de 11 de enero de 2018, (RJ 2018/49); RDGRN núm. 10272 de 15 de septiembre de 2014, (RJ 2014/4742)). Aunque, descartó esta tesis en la STS núm. 695 de 28 de septiembre de 2005, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2005/7154), al determinar que el legitimario puede percibir su porción legal por cualquier título y no solo por el de heredero. De forma más moderada, mantiene esta postura: PORPETA CLÉRIGO, F., «Naturaleza Jurídica de la Legítima», en *Estudios de Derecho Sucesorio: Conferencias del Cursillo del año 1945*, Ed. Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1946, págs. 170 – 179, esp. 174, 183, 189, 198 – 199, haciendo expresiones como que el derecho legitimario debe recaer en una cuota

Ante este enfoque doctrinal se han elaborado una variedad de argumentos en contra. Por ejemplo, se ha sostenido que el término «heredero forzoso» responde solamente a una tradición que ya está superada y de ninguna manera es reflejo de la naturaleza jurídica de la legítima. Más aún, cuando la condición de legitimario ha tenido la consecuencia de modificar muchas de las características que son propias del título de heredero, siendo algunas de estas que no tiene que responder por las deudas u obligaciones del causante y que no se ve afectado por los actos propios del causante, sino que por el contrario puede impugnar aquellos que constituyan una lesión a su derecho a la legítima. De manera que el legislador utiliza indistintamente las palabras «heredero forzoso» y «legitimario» porque considera que son sinónimos. La denominación «heredero forzoso» no constituye una orden al testador para que instituya como herederos a las personas que tienen derecho a legítima, sino que es una de las dos formas posibles para referirse a ellas. A esto se añade que, expresamente, el art. 815 del CC viabiliza que la legítima sea abonada por cualquier título, es decir, el de heredero, legatario y hasta incluso mediante la realización de una donación.<sup>252</sup>

Partiendo de la concepción de que el legitimario es solo un acreedor personal de un crédito dinerario que se valora al momento de la apertura de la sucesión, se ha planteado que la esencia de la legítima se basa en un mero derecho de crédito impuesto contra la herencia o el heredero, es decir, que es *pars valoris*. Con mayor precisión, se ha manifestado que bajo esta teoría al legitimario lo que se le protege es una valoración en dinero de los objetos y no a estos mismos. Es decir, es una manera de rescatar los objetos transmitidos porque el acto de entregarle al legitimario una cantidad equivalente en efectivo no solo tiene el efecto de apartarlo de ellos, sino de que estos permanezcan en todo momento en poder de aquel a quien el testador instituyó como su heredero. Postura que se fundamenta en la posibilidad de que en algunos casos y ante ciertas circunstancias, como, por ejemplo, los supuestos que se contempla en el art. 1056.2 del CC y en los arts. 841 al 847, que estudiaremos,

---

hereditaria, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa en sus cláusulas testamentarias o que en algún precepto legal, de forma clara, se hubiese establecido lo contrario.

<sup>252</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., págs. 32 – 37; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», op. cit., págs. 19 – 23 y 24 – 26, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Legítimas*, Vol. 1, op. cit., págs. 183 – 187, 189 y 190; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La Legítima en la Sucesión Intestada en el Código Civil*, op. cit., págs. 349 – 350, Tesis Doctoral: «La Legítima en la Sucesión Intestada», op. cit., págs. 572 – 573; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, op. cit., págs. 315 – 316 y 317 – 322. Véase, además, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, op. cit., págs. 76 – 79; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «Naturaleza Jurídica de la Legítima. Teoría de la “Debita Pars Valoris Bonorum”», op. cit., págs. 51 – 55.

respectivamente, en los Capítulos IV y V de este trabajo, el derecho legitimario puede satisfacerse en efectivo.<sup>253</sup>

También, se han generado afirmaciones contrarias a esta orientación doctrinal. Como inconveniente fundamental se ha puntualizado que en la sucesión las facultades del legitimario corresponden más bien a una naturaleza de cotitularidad, que a una crediticia. No es solo que el legitimario adquiere su derecho a la porción legal desde la apertura de la sucesión, sino que sin su consentimiento, ni los herederos ni los albaceas podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que componen el caudal relicto. Además de que habría de prescindirse de la figura jurídica de la colación y de la consideración como real que el máximo tribunal y un sector prestigioso de la doctrina le ha conferido a la acción de suplemento o complemento de legítima, si se admitiera que la legítima solo genera un derecho de crédito para el legitimario.<sup>254</sup>

Igualmente, hay quien considera que la naturaleza jurídica de la legítima es *pars valoris bonorum*.<sup>255</sup> A través de esta modalidad, el legitimario es un acreedor real, cuya porción

---

<sup>253</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Legítimas*, Vol. 1, *op. cit.*, págs. 212 – 213 y 215, *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, pág. 541, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», *op. cit.*, págs. 56 – 57 y 58; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La Legítima en la Sucesión Intestada en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 350 – 351, Tesis Doctoral: «La Legítima en la Sucesión Intestada», *op. cit.*, págs. 573 – 574; REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 44 – 47; BLASCO GASCÓ, F. de P., *Instituciones de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 173; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 316; PORPETA CLÉRIGO, F., «Naturaleza Jurídica de la Legítima», *op. cit.*, pág. 178. Uno de los autores que aparenta seguir esta tesis doctrinal es: CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil Español*, tomo III: Derecho de Sucesiones, Madrid, 1959, (Edición revisada y puesta al día por A. De Cossío y Corral y A. Gullón Ballesteros), págs. 237 - 238. Inclusive, en alguna ocasión el TS dio a entender, en la STS de 20 de junio de 1986, Sala Civil, (RJ 1986/4558), que la naturaleza de la legítima es *pars valoris*, al expresar que la misma «[...] está transida más que de una “vocatio” universal de esencia personalista en la transmisión sucesoria, de una valoración económica cuantificada [...]». Por su parte, a RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 806», *op. cit.*, pág. 5837, luego de las modificaciones que la LPPPD realizó a diversos preceptos del CC relacionados con el Derecho de sucesiones, le persuade más la teoría de *pars valoris*, aunque parcialmente matizada por la *pars bonorum*, en la medida que, como regla general, el crédito del heredero forzoso se debe abonar en bienes relictos.

<sup>254</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La Legítima en la Sucesión Intestada en el Código Civil*, *op. cit.*, pág. 351, Tesis Doctoral: «La Legítima en la Sucesión Intestada», *op. cit.*, pág. 574; REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 47, haciendo referencia a BORRACHERO, M. «Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil», en *R.D.P.*, 1955, pág. 359. Véase, además, MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículo 815 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, pág. 371; VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 268, nota 1; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Apuntes de Derecho Sucesorio (Posición y Derechos de los Legitimarios en el Código Civil)», *op. cit.*, págs. 483 – 496, esp. en las págs. 487 – 488, 489 y 490; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «Naturaleza Jurídica de la Legítima. Teoría de la “Debita Pars Valoris Bonorum”», *op. cit.*, págs. 59 – 60; SAP de Madrid, núm. 259, de 13 de julio de 2018, Sección 25ª, (JUR 2018/243815); STS de 4 de junio de 1991, Sala Civil, (RJ 1991/4418).

<sup>255</sup> ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «Naturaleza Jurídica de la Legítima. Teoría de la “Debita Pars Valoris Bonorum”», *op. cit.*, págs. 39, 50 – 51, 57 - 58 y 60 – 63. Esta teoría fue denominada como *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet* por VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la*

legal se concibe como un derecho de crédito, pero en este caso, y contrario a la discutida postura de «pars valoris», garantizado con un derecho real de realización de valor que recae sobre todo el caudal relicto, a modo de gravamen o carga. Aquí, el legitimario es titular de una porción del valor pecuniario del patrimonio hereditario en cambio de los bienes y derechos que lo integran. Legítima que queda fijada en una expresión dineraria inamovible, con la valoración de los bienes hereditarios a la muerte del causante. Por lo que esta no se verá afectada con las posteriores alteraciones de valor que experimenten los bienes que conforman la masa hereditaria. En concreto, el legitimario es titular de un derecho de garantía sobre los bienes que componen el caudal relicto, en lugar de tener solamente un simple derecho de crédito. Garantía que tiene el propósito de asegurar que el derecho legitimario se traduzca en la percepción de la cuota de valor de los bienes de la herencia, normalmente, *in natura* y no con dinero.<sup>256</sup>

Esta postura minoritaria ha sido cuestionada por entenderse que su configuración jurídica, tomada en su sentido estricto, no se ajusta al régimen legitimario del CC. Específicamente, se refieren al hecho de que esta perspectiva no se adecúa al sistema de valoración de la cuota legal y a que el carácter del legitimario se parece más al de un cotitular que al de un acreedor. Incluso, consideran que su matización para adaptarla al sistema del CC lo que provoca es su desnaturalización y conversión en una variante de la tesis que promueve que la legítima es *pars bonorum*.<sup>257</sup>

---

*Facultad de Disponer, Tomo I: Legítimas*, Vol. 1, *op. cit.*, págs. 213 – 214 y 215 - 216, esp. en la pág. 215, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», *op. cit.*, págs. 57 - 59, esp. en la pág. 58, «Apuntes de Derecho Sucesorio (Posición y Derechos de los Legitimarios en el Código Civil)», *op. cit.*, págs. 508 - 510, *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, pág. 541. Véase, además, REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 48 y nota 86.

<sup>256</sup> Otras variedades de legítima *pars valoris bonorum* que se han identificado son: (1) Aquella donde la legítima representa cierto valor del caudal relicto, que se fija en dinero a la fecha de la muerte del causante y que está garantizada con los bienes de la herencia, a través de una institución jurídica similar a la hipoteca tácita. Sistema que seguía la derogada Ley 40/1960 de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, BOE núm. 175, de 22 de julio de 1960, específicamente en sus arts. 122 y 129, y que aparenta continuar, al mantenerse un contenido parecido, en los arts. 451-1 y 451-5 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, DOGC núm. 5175, de 17 de julio de 2008, BOE núm. 190, de 7 de agosto de 2008. (2) Esa en la que el montante de la legítima equivale a una porción del valor de los bienes y derechos que componen el patrimonio hereditario, fijada de manera objetiva, y no dinerariamente, en el momento de la muerte del causante. Lo que implica que sufrirá las mismas fluctuaciones de valoración que padezcan los bienes de la herencia, siempre que estas no sean producto de la gestión del heredero. Siendo la misma parte del sistema clásico del Derecho catalán anterior a la Compilación. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, *op. cit.*, pág. 428; REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 47 – 48 y nota 85. Véase, además, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, pág. 541, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Legítimas*, Vol. 1, *op. cit.*, pág. 215, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», *op. cit.*, pág. 58, «Apuntes de Derecho Sucesorio (Posición y Derechos de los Legitimarios en el Código Civil)», *op. cit.*, pág. 508.



Además, se ha sostenido que es de comunidad y no crediticia la relación que existe entre el heredero y los legitimarios. Afirmación que se confirma tanto con el hecho de que el heredero no puede, unilateralmente y sin el consentimiento de los demás legitimarios, abonar en bienes hereditarios la porción legal de un legitimario, como que en el régimen del CC el heredero forzoso dispone, como regla general, de una acción real para pedir la división de la herencia y que se determine su cuota, y no meramente de una acción personal para requerirla como simple acreedor. Sumándose a esto, que pueden producirse injusticias si se mantiene invariable el valor de la legítima que se calculó en dinero a la apertura de la sucesión, a pesar de que su satisfacción se realizara tiempo después. En definitiva, tal parecer sería contrario al contenido del art. 806 del CC, que dispone expresamente que la legítima es una «porción de bienes». Siendo así, esta debe verse afectada por todas las variaciones de valor que los mismos padezcan.<sup>258</sup>

Otra teoría que se ha desarrollado en cuanto a la naturaleza jurídica de la legítima es que esta es *pars bonorum*. Posición que es la que ha sido aceptada por la mayoría de la doctrina.<sup>259</sup> Bajo la misma, al legitimario no se le concibe como heredero o sucesor universal del causante, a menos que este lo hubiera instituido como tal. Se entiende que el legitimario

---

<sup>257</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La Legítima en la Sucesión Intestada en el Código Civil*, op. cit., pág. 351, Tesis Doctoral: «La Legítima en la Sucesión Intestada», op. cit., pág. 575 y nota 289.

<sup>258</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», op. cit., pág. 63, «Apuntes de Derecho Sucesorio (Posición y Derechos de los Legitimarios en el Código Civil)», op. cit., págs. 511 - 516, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Legítimas*, Vol. 1, op. cit., págs. 220 - 221. Véase, además, REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., págs. 49 - 50. Otra crítica a esta posición doctrinal se puede examinar en PORPETA CLÉRIGO, F., «Naturaleza Jurídica de la Legítima», op. cit., págs. 178 - 179.

<sup>259</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho de Sucesiones*, Ed. La Ley, 3ª edición, Madrid, 2011, pág. 281, «Estudio sobre el Pago con Metálico de la Legítima en el Código Civil», en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección 3, vol. 1, Madrid, 1964, págs. 750, 790 - 826, 905, 996 - 998, 1004, «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes Después de la Ley de 13 de mayo de 1981», en *R.A.J.L.*, Anales, núm. 11, 1983, pág. 141; SUÁREZ SÁNCHEZ - VENTURA, J. Mª., «Naturaleza de la Legítima y Pago en Metálico», en *R.J.E.D.J.B.*, núm. 4, 1984, págs. 1008 - 1012 y 1015; VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2012, págs. 29 - 30; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Notas Críticas acerca de la Pretendida Distinción entre Cuota de Reserva y Cuota de Legítima», en *A.D.C.*, fascículo 1, 1965, págs. 72 - 77, esp. en la págs. 72, 74 y 76, «Apuntes de Derecho Sucesorio (Posición y Derechos de los Legitimarios en el Código Civil)», op. cit., págs. 516 - 532, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Legítimas*, Vol. 1, op. cit., págs. 190 - 268, *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, op. cit., págs. 540 y 570, «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma de 13 de mayo de 1981», en *R.A.J.L.*, Anales, núm. 11, 1983, págs. 123 y 124, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», op. cit., págs. 19 - 115; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral: Tomo II*, Ed. Dykinson, S. L., 4ª edición, Madrid, 2009, págs. 1517 - 1518 y 1538 - 1539; BLASCO GASCÓ, F. de P., *Instituciones de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, op. cit., pág. 173. Véase, también, RDGRN núm. 6126 de 5 de abril de 2019, (RJ 2019/1466); RDGRN núm. 17474 de 29 de noviembre de 2018, (RJ 2018/5475); RDGRN núm. 1022 de 11 de enero de 2018, *supra.*; RDGRN núm. 10272 de 15 de septiembre de 2014, *supra.*; STS núm. 608 de 21 de octubre de 2010, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2010/8867); STS núm. 1093 de 7 de noviembre de 2006, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/9165) y la STS de 28 de mayo de 1958, (RJA 1958/2716), citado por RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 806», op. cit., pág. 5836.

es un cotitular de los bienes del activo hereditario hasta que su parte legal le sea abonada. En otras palabras, en el activo hereditario el heredero forzoso tiene derecho a una parte alícuota. Ya que es cotitular de una cuota del caudal relicto líquido, añadidas las donaciones.

Esta postura se fundamenta en varias consideraciones. Una de ellas es el análisis histórico de la evolución del concepto de legítima en el Derecho romano, común y castellano, que los llevó a afirmar que la esencia de esta porción legal era *pars bonorum*. Concepción que entienden se recogió en el vigente CC, en la medida que en el art. 806 se define la legítima como «porción de bienes» y en los arts. 808, 809, 823, entre otros, se alude a partes alícuotas del haber hereditario. Cuota que se le puede satisfacer al legitimario con cualquier bien de la herencia, ya fuera instituyéndole como heredero, legatario o mediante el recurso de la donación, y que no debe ser objeto de cualquier tipo de afectación, salvo las que se hubieran exceptuado por la ley.<sup>260</sup>

Se estima que a través de este enfoque se logra dar explicación a muchos aspectos del sistema legitimario. Entre estos, que: (1) todos los bienes quedan afectos al pago de la legítima hasta que esta sea satisfecha, según se evidencia del contenido de las normas referentes a la imputación y reducción de donaciones, legados y mejoras, por ejemplo, de los arts. 819 – 821 y 828 – 829 del CC, además de las que tienen que ver con la realización de colación por imputación, es decir, los arts. 1045, 1047 y 1048 del CC, y la partición efectuada por el testador, regulada en el art. 1056.1 del CC; (2) el legitimario goza de la posesión civilísima, a pesar de que no haya sido instituido como heredero; (3) el legitimario no solo deberá ser partícipe en la partición de la herencia, aunque no hubiera sido nombrado como heredero o legatario de parte alícuota, sino que también tiene la autoridad para incoar el juicio de división de la herencia, o de testamentaria, salvo que el testador ya la hubiese realizado o hubiera seleccionado a un contador partidor para hacerla; (4) como exigencia institucional de la figura de legitimario, este no será responsable por las deudas y legados; (5) el testador será el que hará la determinación de los bienes que servirán para cubrir la legítima, aunque, de no haberla realizado, la podrá hacer el contador partidor cumpliendo con las normas sobre partición dispuestas en los arts. 1061 y 1062 del CC, a menos que el causante le hubiera autorizado expresamente para otra cosa.<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Observaciones entorno a la Naturaleza de la Legítima: A Propósito de un Trabajo de Manuel Peña Bernaldo de Quirós», *op. cit.*, págs. 8 – 38, 57 – 58 y 64 – 67, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», *op. cit.*, págs. 26 – 40. Véase, además, REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 38 - 39.

<sup>261</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», *op. cit.*, págs. 38 – 40, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Legítimas*, Vol. 1, *op. cit.*, págs. 204 - 207.

Respecto a esta teoría, aunque se ha admitido que es la que se adapta mejor a la multiforme naturaleza jurídica de la legítima, también se ha manifestado que a través suyo no se terminan por explicar todos sus matices. Se entiende que es una concepción jurídica demasiado vaga, en la medida en que mediante ella no se indica cuál podría ser el régimen supletorio, en caso de que no hubiera norma aplicable. En otros términos, aunque se reconoce que esta postura cumple con describir bien el régimen de la legítima, igualmente se opina que esta no muestra cuál sea su naturaleza dentro de las instituciones jurídicas de Derecho sucesorio.<sup>262</sup>

Hay, finalmente, un último esfuerzo doctrinal en la determinación de la naturaleza jurídica de la legítima, que podría catalogarse como ecléctico en la medida en que se alega que esta es plural.<sup>263</sup> Más concretamente, la autora explica que la teoría que más le persuade es que la legítima es *pars bonorum*. Sin embargo, es de la opinión que esa esencia no está presente cuando se da alguna de las circunstancias que permite que la legítima pueda pagarse en efectivo. Ante este supuesto, es su criterio que la legítima puede catalogarse como *pars valoris*, pero con matices o, más bien, garantías peculiares. Ello porque, en algunos casos, al

---

<sup>262</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La Legítima en la Sucesión Intestada en el Código Civil*, op. cit., pág. 352, Tesis Doctoral: «La Legítima en la Sucesión Intestada», op. cit., págs. 575 y 576 - 577. Otros argumentos en contra de esta tesis se pueden ver en: ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «Naturaleza Jurídica de la Legítima. Teoría de la “Debita Pars Valoris Bonorum”», op. cit., págs. 57 - 59, que, entre otras cosas, señala que los legitimarios no son cotitulares de los bienes relictos desde la muerte del causante porque, conforme el texto del art. 818 y, asimismo, del contenido del art. 654 del CC, en ese instante, y hasta que se haga efectiva su percepción legitimaria, lo que tienen por legítima es un valor económico fijo, no susceptible a las fluctuaciones del mercado, que está subsumido en el patrimonio hereditario. En ese período, los aumentos y disminuciones en el valor de los elementos hereditarios son soportados por los herederos. Los legitimarios se convertirán en dueños y, por tanto, pasarán a soportar el *commodum* y el *periculum*, en el momento en que perciban los bienes que les correspondían a título de legítima. En contra de esta apreciación, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», op. cit., págs. 52 - 55, «Apuntes de Derecho Sucesorio (Posición y Derechos de los Legitimarios en el Código Civil)», op. cit., págs. 511 - 516, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Legítimas*, Vol. 1, op. cit., págs. 209 - 212, sostiene que el art. 818 del CC no dice que para fijar la legítima haya que atenerse al valor que tuvieran los bienes relictos al momento de la muerte del causante. Según su criterio, con el que coincidimos enteramente, este precepto, tomando en consideración su colocación entre los arts. 817 y 819 del CC, debe interpretarse en el sentido de que la legítima se debe valorar en dos momentos diferentes para propósitos distintos. Una, al fallecer el causante, para precisar la medida en que ciertos legados y donaciones son inoficiosos. Lo que nada tiene que ver con determinar el valor de la legítima para después dejarlo petrificado. Otra, que se realiza en el momento de partir, para distribuir lo que reste de la herencia y completar los lotes de las cuotas que no hubieren quedado cubiertas con las asignaciones testamentarias. De manera que los legitimarios y los herederos compartirán las alteraciones de valor, favorables o adversos, por ser cotitulares de la masa indivisa común.

<sup>263</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., págs. 54 - 55, 81 - 100, *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, op. cit., págs. 409 - 410, 439 - 462, señalando que PUIG BRUTAU, «Fundamentos de Derecho Civil», t. V, vol. 3, 3<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1983, págs. 35 - 36, también se había manifestado a favor de la apreciación de que era plural la naturaleza de la legítima, pero sin definir en qué consistía. Por su parte, LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, op. cit., págs. 317, comenta que el problema de la naturaleza jurídica de la legítima no puede abordarse partiendo de la premisa de que hay una solución única o unívoca. Visión que hace evidente en la exposición que realiza en las págs. 319 - 321 del mencionado libro.

legitimario se le puede considerar como un acreedor privilegiado y en otros tener un derecho de crédito protegido con garantías extras, al estar los bienes relictos afectos al pago de este valor. Alguno<sup>264</sup>, sin embargo, descarta este acercamiento porque no logra identificar una clara explicación de su régimen legal, ni en sus fundamentos y ni en su elaboración.

De todas estas perspectivas doctrinales, la que mejor se adapta a la heterogénea naturaleza de la legítima del CC es aquella que sostiene que la misma es *pars bonorum*. Aunque la tesis de que es *pars hereditatis* no resultaría descabellada, con la salvedad de que el legitimario no es responsable de las deudas del causante si no está instituido como heredero, y que la legítima no tiene que compulsoriamente concederse a título de heredero, sino que también puede otorgarse mediante legado o donación. Más aún, si se considera que son más aparentes que reales las diferencias entre la teorías de *pars bonorum* y la de *pars hereditatis*, puesto que sus respectivos defensores tienden al acercamiento de ambas posturas.<sup>265</sup>

Las teorías que, a nuestro parecer, son más claramente incompatibles con el régimen legitimario del CC son las que promueven que la naturaleza de la legítima es *pars valoris* o *pars valoris bonorum*. Por un lado, como regla general, el contenido imperativo de la legítima además de un mínimo cuantitativo, tiene un aspecto cualitativo que significa que, ordinariamente, esta debe percibirse en bienes hereditarios y sin afectación alguna, salvo en los supuestos excepcionales que el legislador permita lo contrario. De ahí que el legitimario tenga la facultad para reaccionar ante cualquier acto no autorizado del causante, que tenga la consecuencia de lesionar su derecho a la cuota legal. Por otro lado, el legitimario al que no se le hubiera individualizado su derecho, al contrario que un acreedor, tiene una diversidad de facultades, por ejemplo, (1) para instar un juicio de testamentaria, (2) para intervenir y consentir las operaciones de partición, (3) se debe contar con ellos para la entrega de los legados, (4) la defensa posesoria de los bienes hereditarios, (5) la posibilidad de adquirir la posesión de los bienes relictos para la comunidad, entre otros.

Adelantamos que nuestra afirmación de que la naturaleza jurídica de la legítima es en esencia *pars bonorum*, no varía por el hecho de que el legislador haya permitido que los dos aspectos de la vertiente cualitativa de la legítima se hayan visto inactivados por la aplicación de ciertos supuestos ante los que la cuota legal puede ser pagada en metálico extrahereditario, gravada o incluso hasta padecer de ambas afecciones. Sin embargo, desarrollaremos nuestra

---

<sup>264</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La Legítima en la Sucesión Intestada en el Código Civil*, op. cit., pág. 353, Tesis Doctoral: «La Legítima en la Sucesión Intestada», op. cit., pág. 578.

<sup>265</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La Legítima en la Sucesión Intestada en el Código Civil*, op. cit., págs. 361 – 362, Tesis Doctoral: «La Legítima en la Sucesión Intestada», op. cit., págs. 592.

argumentación sobre este asunto en los respectivos capítulos de este escrito, desde el tercero hasta el séptimo, en los que estudiamos los diversos preceptos que excepcionan la protección del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Ello por entender que, precisamente, la forma más lógica de abordar esta cuestión es primero discutir a grandes rangos y de forma general las diversas posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica de la legítima, para luego presentar un estudio detallado de las normas que exceptúan la aplicación de la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad y, una vez finalizado el mismo, en cada uno de los capítulos, o incluso como parte de la misma discusión, analizar si estas han provocado, o no, la desnaturalización del aludido principio y por ende han alterado la naturaleza de la legítima, que mayoritariamente se considera como *pars bonorum*.

## CONCLUSIÓN

Es indiscutible que el sistema legitimario español es producto de la influencia de los derechos romano, germánico y visigodo. Ya sea que nos refiramos a la legítima romana o a la reserva germana o a la visigoda, la finalidad principal de esta institución no era otra que proteger los derechos que los parientes más cercanos del causante tenían en el patrimonio hereditario de este. En lo que variaban los mencionados Derechos, evidentemente, era en el contexto social, familiar, en fin, en las costumbres en las que estas instituciones jurídicas se fueron creando y desarrollando. Respectives realidades que propiciaron que hubiera una disparidad en la lógica y funcionamiento de cada una de ellas.

En el Derecho romano, la legítima vino a ser una reacción a la plena libertad de testar que estaba provocando que el causante le dejara prácticamente todo su caudal hereditario a extraños, quedándose sus herederos forzosos totalmente excluidos de su beneficio o con el disfrute de una muy limitada parte del mismo. Mientras, en el Derecho germánico, la reserva, que partía originalmente de la regla de la absoluta indisponibilidad del caudal relicto porque este le correspondía enteramente a los parientes más próximos del causante, surge como resultado de la limitada restricción que se impone sobre la herencia forzosa. Más concretamente, con la reducción ínfima de la reserva, es decir, de la parte que a los herederos forzosos les correspondía en los bienes hereditarios, se pretendía aumentar, al menos limitadamente, la posibilidad del causante de disponer de sus bienes para después de su muerte. En cuanto al Derecho visigodo, ocurrió la peculiaridad de que la reserva, influenciada tanto por elementos romanos como germánicos, más que para viabilizar alguna libertad de testar, que justamente era la lógica que esta figura jurídica tenía en el sistema

germano, se materializó para combatir las actuaciones que el causante estaba realizando en contra de la *officium pietatis*, en otros términos, para restringir su facultad para disponer *mortis causa* de sus bienes. Haciéndola, así, más comparable con la legítima romana, al menos en lo que tiene que ver con los efectos prácticos de esta institución.

No obstante, es importante puntualizar que fue en el Derecho romano, y principalmente en la fase justiniana, donde tomó forma la institución jurídica de la legítima y su principio de intangibilidad, tal como hoy día los conocemos. Siendo sus características afinadas o adecuadas en el Derecho castellano, precodicial, hasta darle su forma final y actual en el CC.

Todo comenzó con una legítima formal, conocida como *exheredatio*, a través de la cual se le exigía al testador que instituyera, sin que aún se hubiera definido una cuota de bienes, o desheredara a sus herederos forzosos. Ello para asegurar que su exclusión no fuera una consecuencia del error o la ignorancia, sino más bien de la voluntad del testador. Posteriormente, se dio paso a una legítima material, que obligaba al causante a justificar la desheredación de su heredero forzoso en una causa general de ingratitud. De lo contrario, este estaba impedido de desheredarlo. Si comoquiera lo hacía, se entendía que su testamento era inoficioso porque mediante el mismo no se cumplía con los deberes morales o de piedad que el causante tenía respecto a sus parientes más cercanos. Cuota legitimaria que originalmente, por influencia de la *Lex Falcidia*, fue de  $\frac{1}{4}$  parte de la herencia, luego por disposición de Justiniano se convirtió en la mitad si eran más de cuatro hijos o en un tercio si se trataba de cuatro o menos, hasta hoy día que la suma máxima puede ser de dos terceras partes del caudal si se adjudica la llamada legítima larga, o de un tercio si solo se atribuye la corta o estricta.

En lo referente a su principio de intangibilidad cualitativa, y concretamente sobre la forma en que los herederos forzosos deben recibir los bienes hereditarios, un reflejo histórico de su existencia se constata en la fase imperial del Derecho romano. Al no validarse que se impusiera una condición sobre la porción reservada a un heredero. Idea de no imposición de afectación alguna sobre la cuota legal, que se hizo más clara a través de la Ley romana *Quonium in Prioribus*. Todo tipo de condición, plazo o gravamen se debía suprimir, al entenderse como no puesto. Enfatizándose, de igual manera, en el Capítulo III de la Novela XVIII, donde estaba incluida la Ley *Prohibemus*, que la legítima del hijo se debía abonar con el usufructo y la propiedad de los bienes de la herencia, y no solo con su nuda propiedad. Perspectiva que fue incorporada en la Ley XI, Título IV, de la Partida Sexta y que constituye el fundamento para interpretar el vigente art. 813.2 del CC, norma en la que esta fue adaptada con mayor precisión.

El segundo elemento de la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima, en cambio, se hizo manifiesto mediante la Ley *Scimus*. A través de esta se estableció que el suplemento de la *portio debita* debía hacerse con los bienes hereditarios del causante. Aunque, más claramente en el Cap. I de la Novela XVIII se dispuso que la calidad en que la cuota legitimaria se debía percibir era en bienes relictos. Concepción que se transmitió por medio de la Ley XVII, Título I y la Ley VII, Título XI, ambas de la VI Partida. Y que persistió hasta nuestros días al insertarse en el art. 806 del CC.

En definitiva, en el Derecho romano y específicamente en el periodo del Emperador Justiniano fue que más ampliamente se definió y se explicó la naturaleza jurídica de la legítima. Precisándose esta, aún más, en el Derecho castellano, precodicial y el actual CC, para hacerse cada vez más compatible con la teoría doctrinal que postula que es *pars bonorum*. Circunstancia que, como evidenciamos en los subsiguientes capítulos de este escrito, no se ve modificada por causa de las permitidas excepciones a la aplicación de la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima. Además de que, por lógica consecuencia, tampoco tienen el efecto de desnaturalizar la esencia del aludido principio.

## CAPÍTULO III

### Supuestos Concretos de Pago en Metálico Extrahereditario de la Legítima

**Sumario:** Introducción; § 1 Legado de Finca Indivisible o que no Admite Cómoda División: A. Datos generales sobre los antecedentes legales y legislativos del art. 821 del CC, B. Supuesto de legado indivisible sujeto a reducción asignado a un legatario extraño, C. Supuesto de legado indivisible sujeto a reducción otorgado a un legitimario, D. Recurso de venta en pública subasta, E. Garantías del perceptor de su legítima en metálico extrahereditario; § 2 Mejora en Cosa Determinada: A. Algunas notas históricas de la institución jurídica, B. Conceptualización jurídica de la mejora en cosa determinada, C. Elementos personales a los que impacta esta normativa, D. Esencia del bien sobre el que recae la mejora, E. Sobre la forma de imputar la mejora, F. Efecto de la concurrencia de la mejora en cosa cierta con otros tipos de mejoras o legados, G. Abono del exceso en metálico: posición jurídica del mejorado y demás interesados; garantías y consecuencias del impago; § 3 Exposición Doctrinal sobre la Naturaleza Jurídica de la Legítima Pagada en Dinero en Base a un Criterio Objetivo y Concreto; Conclusión.

## INTRODUCCIÓN

Al interpretar el art. 806 del CC en conjunto con otras normas<sup>266</sup>, la doctrina mayoritaria entiende que debe considerarse como regla general el que todo legitimario del causante reciba en bienes de la herencia, es decir, *in natura*, lo que por legítima le corresponda, según establecido por la ley.<sup>267</sup> Precisamente, esa imposición al testador, de tener que cumplir con el pago de la legítima a través de la distribución de bienes relictos,

---

<sup>266</sup> Sobre este particular, VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, pág. 26, expresó que «la regla de pago *in natura* es la que está en la base de la partición, lo mismo que en tema de reducción de liberalidades inoficiosas y de la acción de complemento de legítima». Es importante señalar la distinción y clarificación que efectúa DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico de la Legítima en el Código Civil», *op. cit.*, págs. 748-750, 778-779, esp. en la pág. 750, entorno al art. 1077 del CC. En específico, este autor menciona lo siguiente: «Nos encontramos, pues, ante una aplicación especial de la acción expletoria, frente a la que quiebra el derecho del legitimario a percibir su legítima (al menos íntegramente) en bienes hereditarios. ¿Cabría generalizar la solución que brinda el artículo 1077 y aplicarla a todos los casos en que la asignación testamentaria sea insuficiente? Entendemos que no. Las razones que justifican el artículo 1077 y su especial aplicación al caso que nos ocupa no son igualmente válidas para otras hipótesis. Se trata primordialmente (en el artículo 1077) de evitar en lo posible que una partición se deshaga y de respetar las adjudicaciones hechas por el testador». Véase, además, RDGRN núm. 10272 de 15 de septiembre de 2014, *supra*. Aclarar que la acción expletoria no es otra cosa que una acción de complemento o suplemento de la legítima. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 815 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 213 – 218.

<sup>267</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de...*, *op. cit.*, pág. 272; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral: Tomo II*, *op. cit.*, pág. 1504; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1989, pág. 28; VALLET DE GOYTISOLO, J., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 1, *op. cit.*, pág. 200.



constituye uno de los elementos o requisitos característicos del denominado principio de intangibilidad cualitativa de la legítima.<sup>268</sup> El mismo está enmarcado en la concepción, también mayoritaria, de que la naturaleza jurídica de la legítima del CC común es *pars bonorum*, por lo que su cumplimiento está supeditado a la adjudicación de los bienes del caudal hereditario, por cualquier título, una vez deducidas las deudas.<sup>269</sup>

La participación directa de los legitimarios en los bienes hereditarios se justificaba en la idea de que así su interés económico estaba mejor asegurado. Se pensaba que mientras el valor de los bienes sucesorios aumentaba con el paso del tiempo, el poder adquisitivo del dinero se afectaba de forma inversa puesto que su tendencia era a descender. Concretamente, se entendía que mientras la tierra implicaba riqueza y poder, el dinero era considerado similar a un gravamen, por el hecho de que podía ser gastado con facilidad.<sup>270</sup> Sin embargo, lo cierto es que la familia, la economía y la sociedad han ido cambiando, por lo que es necesario que dicha regla general no sea interpretada de forma estricta. Ya no hablamos de una familia y sociedad rural en las que la base de la economía era la tierra vinculada al respectivo entorno familiar, es decir, donde el medio de producción era la propiedad física. Hoy día, nos encontramos ante una familia y sociedad urbana inmersa en una economía de mercado donde el poder adquisitivo es medular para subsistir y, en ese sentido, el efectivo se convierte en un factor social ineludible. Por eso, prevalece el criterio de la distribución o liquidación del caudal relicto, ya que la herencia se concibe primordialmente como un medio para obtener lucro económico. Un medio donde el capital cobra importancia, sobre todo para aquellos hijos o descendientes que han dejado el entorno familiar, y la propiedad de bienes materiales ya no se vislumbra como la única forma de generarlo.<sup>271</sup>

Por lo expuesto, desde antes de la reforma de 1981, en diversos preceptos del CC ya se posibilitaba que la legítima pudiera pagarse en metálico extrahereditario, en vez de en bienes

---

<sup>268</sup> DE FUENMAYOR CHAMPIN, A., «Intangibilidad de la Legítima», *op. cit.*, págs. 57 y 64-65.

<sup>269</sup> En el capítulo II de este trabajo abordamos el aspecto teórico de la naturaleza jurídica de la legítima del CC. Mientras, a partir del capítulo III y hasta el VII estudiamos su aspecto práctico, específicamente en cuanto a si la teoría mayoritaria que sostiene que esta es *pars bonorum* ha mutado o no, por causa de las nuevas formas de abonar la legítima y de la posibilidad de imponer sobre ella algún gravamen.

<sup>270</sup> MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «“Quo Legitima Tangitur”: La Intangibilidad Cualitativa de la Legítima», *op. cit.*, pág. 134, citando a Rodrigo Suárez, *Repetitio Legis Quoniam in Prioribus C. De Inoffic. Testamento, Ampliatio* undécima, N. 3; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 766 y 887.

<sup>271</sup> Véase: LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 259 – 262; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «La Necesidad de Diferenciar lo Rural y lo Urbano en el Derecho Sucesorio», *op. cit.*, págs. 337-340; 367-370; 372-377; CASTÁN TOBEÑAS, J., «Una Conferencia de Don Ramón María Roca Sastre sobre la Necesidad de Diferenciar lo Rural y lo Urbano en el Derecho Sucesorio», *op. cit.*, págs. 172-182; 184-190.

de la herencia del causante. En concreto, los artículos más tradicionales que viabilizaban esta opción eran los siguientes: el 821 y el 822, siendo complementarios entre sí, el 829, el 840.2, el 1062 y el 1056.2.<sup>272</sup> Lo particular de cada una de estas normas es que, como se mostrará más adelante, su aplicabilidad está sujeta a la concurrencia de consideraciones objetivas.

Como parte de este capítulo, se analizarán específicamente los arts. 821 y 829 del CC. Ya que por virtud de la LPPPD el contenido de los arts. 821 y 822 del CC fue integrado y mantenido dentro del primero. Además, porque el art. 840.2 del CC, a través del cual se concedía a los hijos matrimoniales la facultad de pagar la legítima del hijo extramatrimonial en metálico extrahereditario, fue derogado por la Ley 11/1981 de 13 de mayo<sup>273</sup>, de Modificación del Código Civil en Materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio.<sup>274</sup> Respecto al art. 1062 del CC, se decidió no incluirlo como parte de la tesis, sino más bien en los Documentos Complementarios a esta, porque a pesar de suponer un supuesto concreto de pago en metálico de la legítima, el mismo se activa ante la partición realizada por un contador partidor y no por el testador, que es el objeto principal de este estudio. Finalmente, en el Capítulo IV de esta tesis estudiaremos el art. 1056.2 del CC, que fue enmendado por la Ley 7/2003 de 1 de abril<sup>275</sup>, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se Modificó la Ley 2/1995 de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Estas dos normas excepcionales que existen en el CC desde su origen y que someteremos a estudio en este capítulo, son de gran utilidad porque evitan que surjan

---

<sup>272</sup> Otros dos preceptos que validan el pago de la legítima en metálico no hereditario, aunque no aplicables para los descendientes ni los ascendientes, sino más bien para el cónyuge viudo, son el 839, vigente desde antes de la reforma de 1981, y el 840 del CC, incorporado en la reforma de 1981. Ambos artículos tienen la finalidad de conmutar la legítima del cónyuge viudo, que es en usufructo. (Para un mayor examen de este tema, ver a: ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., «Casuística Legitimaria en el Régimen del Código Civil», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytiso*, volumen 1, 1988, Madrid, págs. 608 – 609; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 970 - 991).

<sup>273</sup> BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

<sup>274</sup> La finalidad de este artículo era dual, por un lado, favorecer a la familia matrimonial por encima de la no matrimonial, al permitir que los hijos matrimoniales pudieran quedarse, de así quererlo, con todos los bienes relictos. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 38; VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, pág. 34; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 1, *op. cit.*, pág. 272; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 992. Mientras, por otro lado, el legislador perseguía evitar conflictos y contrariedades que dificultaran la división de la herencia, al prever que, de ordinario, las relaciones entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales no suelen ser afables. SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>, «Naturaleza de la Legítima y Pago en Metálico», *op. cit.*, pág. 1016; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 993; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 1, *op. cit.*, pág. 272.

<sup>275</sup> BOE núm. 79 de 2 de abril de 2003.

«situaciones inconvenientes o antieconómicas», al permitir que persista la eficacia de ciertas disposiciones testamentarias, a pesar de que ello tenga el efecto de que los herederos forzosos no perciban su legítima en bienes hereditarios.<sup>276</sup> Su aplicación puede contribuir a mantener la indivisión de un bien e incluso, sin ser precisamente normas pensadas para las empresas familiares, hasta ayudar a conservar la unidad de una explotación económica, si el adjudicatario cumple con compensar en metálico extrahereditario la parte legal de los legitimarios afectados.<sup>277</sup> En definitiva, estos dos supuestos que impactan el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, afectando exclusivamente la vertiente relacionada a la regla general de pago de la legítima en bienes de la herencia, junto con otros que no solo alteran este aspecto sino también aquel atinente al pago de la legítima libre de gravámenes, que serán objeto de discusión y análisis en los subsiguientes capítulos de este trabajo, contribuyen a proveerle al testador un marco de alternativas más amplio para organizar y distribuir su herencia.

Para conocer y entender los fundamentos y la razón de ser de estos mecanismos, surgidos antes de 1981 y aún vigentes, y que vulneran el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, se inicia seguidamente la reflexión sobre los mismos. Esta exposición se desglosará en dos secciones, en las que se estudiarán los artículos del CC, anteriormente indicados, que, ante supuestos específicos y objetivos, permiten que la legítima de alguno de los legitimarios sea pagada en dinero extrahereditario. Posteriormente, se discutirá acerca de si la naturaleza de la legítima como *pars bonorum* se ha transformado o no por causa de estos dos supuestos concretos de pago de la legítima en metálico extrahereditario. Por último, se presentarán las conclusiones alcanzadas respecto a los objetos de estudio analizados en este capítulo.

## § 1 LEGADO DE FINCA INDIVISIBLE O QUE NO ADMITE CÓMODA DIVISIÓN

Como previamente hemos mencionado, el art. 821 del CC fue enmendado por la LPPPD para incorporar en este, como último párrafo y regla de cierre, un segmento de lo que

---

<sup>276</sup> DÍEZ SOTO, C. M., «El Pago de las Legítimas en Dinero: Un Instrumento para Planificar la Sucesión en la Empresa Familiar», en *R.E.F.*, volumen 1, núm. 1, Mayo – 2011, pág. 25.

<sup>277</sup> DÍEZ SOTO, C. M., «El Pago de las Legítimas en Dinero: Un Instrumento para Planificar la Sucesión en la Empresa Familiar», *ibíd.*, pág. 25.

antes era el contenido del art. 822 del CC.<sup>278</sup> A tales efectos, hoy día el art. 821 del CC está redactado en los siguientes términos:

«Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.

El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.

Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados».<sup>279</sup>

---

<sup>278</sup> En su asamblea celebrada en abril de 2014, la Asociación de Profesores de Derecho Civil (A.P.D.C.) acordó elaborar una Propuesta de Código Civil para España. De esta intención, se notificó al Ministerio de Justicia y copia de esta comunicación le fue referida a las diversas Instituciones del Estado relacionadas con el Derecho y la Justicia. Para lograr este objetivo, se definió una agenda de trabajo, en la que se determinó que el proyecto debía completarse para las Jornadas de Estudio de la primavera de 2017. Cumpliendo con el itinerario señalado, la propuesta completa de CC fue presentada y discutida en las Jornadas de Derecho Civil que se celebraron en Aranjuez en mayo de 2017. Presentándose, finalmente, el libro de la Propuesta de CC el 21 de junio de 2018 en la sede del Colegio de Abogados de Madrid.

Entre los criterios en los que se basó la redacción de este libro, estaba la no pretensión de cambios sustanciales. El esfuerzo académico se limitó a «... recoger y sistematizar el estado actual de la cuestión en la regulación de las instituciones, sin perjuicio de introducir modificaciones concretas sobre cuya necesidad existiese un amplio consenso...». Partiendo de este parámetro, los autores del Libro IV, Título VI, sobre el Derecho de sucesiones, revisaron el actual régimen con la idea de intervenir en el mismo de una forma limitada para no quebrarlo. De ahí que sus objetivos fueron, principalmente, «... mejorar el tratamiento sistemático de la materia (colmando a la par ciertas importantes lagunas), en incorporar algunas figuras e instituciones cuya exclusión del Código hace tiempo que dejó de tener sentido y en pulir la regulación de las ya existentes, especialmente en lo que se refiere a sus aspectos técnicos». Para esta finalidad, se consideró no solo la jurisprudencia y la doctrina, sino, también, las soluciones contenidas en los diversos ordenamientos sucesorios forales de España.

Con la Propuesta de CC, se sugiere que el actual art. 821 del CC se reenumere como el art. 467-15, apartado segundo. Se elimina el tercer apartado del vigente art. 821 y, básicamente, se mantendrían los actuales apartados primero y segundo, aunque con un lenguaje un poco más claro al incorporar, como se observará de nuestro estudio, algunos aspectos del análisis que la doctrina ha ido desarrollando sobre el mismo. La nueva redacción propuesta es la siguiente: «Cuando la liberalidad sujeta a reducción consiste en un bien o en un conjunto de bienes que no admite cómoda división queda este para el heredero o legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los legitimarios; pero aquel y estos deben abonarse su respectivo haber en dinero. Sin embargo, el heredero o legatario que sea a la vez legitimario puede siempre retener la cosa para sí con independencia de la proporción en que haya de ser reducida la atribución». Véase: ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, «Exposición de Motivos», en *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, S. A. y Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 2018, págs. 188 - 189, «Presentación de los Libros Quinto y Sexto de la Propuesta de Código Civil (PCC)», en *Propuesta de Código Civil: Libros Quinto y Sexto*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 9 y 10; GALICIA AIZPURUA, G., «Título VI. De las Sucesiones, Capítulo VII. De las Legítimas y Otros Límites a la Libertad de Disposición por Causa de Muerte, Sección 1ª», en *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, S. A. y Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2018, pág. 601; VV.AA., «Exposición de Motivos», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, (coord.) M. A. Parra Lucán, Mayo, 2017, pág. 21, «Artículo 467-15», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, *ibíd.*, pág. 94 [www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20CUARTO%20-%20tercer%20borrador%20\(mayo%202017\).pdf](http://www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20CUARTO%20-%20tercer%20borrador%20(mayo%202017).pdf), última consulta el 12 de julio de 2017.

<sup>279</sup> En Puerto Rico, la génesis de su Código Civil se remonta al año 1889. Mediante la Real Orden del 31 de julio de 1889, España hizo extensivo su Código Civil a las colonias de Cuba, Puerto Rico y Filipinas. Al convertirse Puerto Rico en colonia de Estados Unidos en 1898, el ordenamiento jurídico sufrió grandes transformaciones al mezclarse dos sistemas de derecho: el civil y el común. Producto de esta realidad, se revisó el CC en 1902 para incorporar disposiciones del Código Civil del Estado de Luisiana. La última revisión del CC de Puerto Rico se realizó en 1930, es decir, hace 89 años, con el mismo interés de adecuarlo a las

Esta normativa, al ser una excepción a la regla general de que toda liberalidad inoficiosa debe ser reducida *in natura*, viene a confirmar dicho principio.<sup>280</sup> Esto porque solo

---

costumbres norteamericanas. Desde esa fecha hasta hoy, solo se le han efectuado enmiendas esporádicas e inconexas, a pesar de ser algunas acertadas, que han provocado la desarmonía o ausencia de sistematización entre las diversas normas que integran este estatuto y que se complementan entre sí para reglamentar las relaciones jurídicas de la sociedad puertorriqueña.

Ha habido intentos de efectuar una revisión integral del CC de Puerto Rico. El primero fue a través de la Ley Núm. 85 de 16 de agosto de 1997, según enmendada por la Ley Núm. 327 de 2 de septiembre de 2000, que creó la «Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico de 1930». Después de un esfuerzo de varios años, la Comisión Conjunta, en vez de redactar el Anteproyecto de Ley, como exigía el proceso legislativo tradicional, decidió publicar los borradores de su trabajo para, entre otras cosas, atemperarlos a las recomendaciones de política pública ofrecidas por la comunidad jurídica. Esta iniciativa quedó inconclusa porque la Asamblea Legislativa no elaboró un documento final con el endoso de los Copresidentes de la Comisión Conjunta.

Para darle conclusión al mencionado intento fallido, que duró alrededor de 15 años, el 25 de junio de 2016, el Senador Miguel Pereira Castillo presentó un Proyecto de Ley, el P. del S. 1710, para establecer un nuevo Código Civil que fuera coherente con la modernidad y la nueva realidad social de los puertorriqueños. El 28 de diciembre de 2016, el informe sobre el proyecto que realizó la Comisión de lo Jurídico, Seguridad y Veteranos del Senado se remitió a la Comisión de Reglas, Calendario y Asuntos Internos del mismo ente. Sin embargo, al ganar las elecciones otro partido político, no se le ha dado curso al mismo.

El intento más reciente de legislar un nuevo CC para Puerto Rico ha sido el P. de la C. 1654, que se presentó el 18 de junio de 2018. Luego de un periodo de vistas públicas que se extendió, aproximadamente, desde mediados de agosto hasta finales de septiembre de 2018, el 10 de octubre de 2018 y el 1 de enero de 2019, respectivamente, se efectuaron un Primer y Segundo Informe del Proyecto Sustitutivo de la Cámara al P. de la C. 1654. El 30 de enero de 2019 se sometió el Proyecto Sustitutivo, siendo finalmente aprobado por la Cámara el 4 de marzo de 2019, fecha en que se remitió al Senado para evaluación. Cuerpo legislativo que procedió a referirlo a la Comisión de Relaciones Federales, Políticas y Económicas, el 11 de marzo de 2019.

Respecto al art. 821 del CC de España, sus dos primeros apartados integran con total similitud el art. 749 del CC de Puerto Rico. En cambio, en el P. del S. 1710, el texto cambia sustancialmente, al punto de limitarse al efecto práctico del contenido de su primer apartado. En concreto, el precepto propuesto, numerado como 1908, lee: «En la reducción de una liberalidad por causa de muerte cuyo objeto no admite una cómoda división, el bien queda para quien tenga una participación que exceda de la mitad, y deberá pagarse la diferencia en dinero». Ese mismo texto forma parte del Sustitutivo de la Cámara al P. de la C. 1654, aunque ahora numerándosele como el art. 1820. GUZMÁN, R. A., *Código Civil de Puerto Rico*, 3ª edición, Ed. Forum – Legis Editores, S. A., Colombia, 2001, págs. xxi – xxii, 131; P. del S. 1710, de 25 de junio de 2016, para adoptar el «Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico», establecer su estructura, delimitar su alcance, disponer su vigencia, derogar el Código Civil de Puerto Rico de 1930, y para otros fines relacionados, págs. 1 – 5, 661; Informe Positivo sobre el P. del S. 1710 de 28 de diciembre de 2016, suscrito por la Comisión de lo Jurídico, Seguridad y Veteranos, págs. 1 – 8; 31 L.P.R.A. (Leyes de Puerto Rico Anotadas) sec. 2375 (2016); Sustitutivo de la Cámara al P. de la C. 1654, de 30 de enero de 2019, para crear y establecer el nuevo «Código Civil de Puerto Rico»; disponer sobre su estructura y vigencia; derogar el actual Código Civil de Puerto Rico de 1930, según enmendado; y para otros fines relacionados, pág. 557; MÉNDEZ MIRÓ, G., «Un Nuevo Código Civil para Puerto Rico», en el Periódico El Nuevo Día, 30 de noviembre de 2016, [www.elnuevodia.com/opinion/columnas/un nuevocodigocivilparapuertorico-columna-2267400/](http://www.elnuevodia.com/opinion/columnas/un nuevocodigocivilparapuertorico-columna-2267400/), última consulta el 12 de julio de 2017; CRIOLLO OQUERO, A., Breve Historia del Código Civil de Puerto Rico, en CB Español Digital, 22 de noviembre de 2016, [cb.pr/breve-historia-del-codigo-civil-de-puerto-rico/](http://cb.pr/breve-historia-del-codigo-civil-de-puerto-rico/), última consulta el 12 de julio de 2017; [www.oslpr.org/legislatura/tl2017/tl\\_busca\\_avanzada.asp?rcs=P%20C](http://www.oslpr.org/legislatura/tl2017/tl_busca_avanzada.asp?rcs=P%20C), última consulta el 15 de marzo de 2019.

<sup>280</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», en *Tratado de Legítimas*, (coord.) T. F. Torres García, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, págs. 55 y 128, «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 385; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 42, «Comentario al Art. 821 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S. A. U., 1ª edición, Valladolid, 2010, pág. 940. Véase, además, MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, Ed. Ediasa, Madrid, 1999, págs. 41 y 51; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 936, 966 – 967; BUSTO LAGO, J. M.,

permite que un legatario, sea un tercero ajeno al marco familiar o un legitimario al que la ley reserva una porción de bienes, pueda quedarse con la totalidad del bien legado ante la circunstancia de que este, siendo indivisible o aunque divisible si su división pudiera implicar una pérdida significativa de su valor, deba reducirse por inoficioso y de que el exceso tenga que ser compensado con dinero a los sucesores que se vean afectados.<sup>281</sup> A igual conclusión se llegaría si el texto del art. 821 del CC se interpreta al contrario, porque el mismo sugiere que ante la ausencia de indivisibilidad en la cosa legada que resulta ser inoficiosa, esta deberá ser reducida *in natura* y no *ad valorem*.<sup>282</sup>

La doctrina entiende que el art. 821 del CC puede ser aplicable tanto en casos de bienes inmuebles como muebles cuya división implique un desmerecimiento o, que sean indivisibles.<sup>283</sup> Esta apreciación es coherente con uno de los propósitos de esta norma que es «...evitar que la reducción [*in natura*] provoque una situación de indivisión entre los herederos forzosos y el legatario...» o entre legitimarios, que, eventualmente, y por el ejercicio de una acción de división de comunidad, tenga que acabar con la venta del bien en pública subasta y la distribución del precio obtenido entre las partes interesadas.<sup>284</sup>

---

«Tema IX: Limitaciones Dispositivas del Causante: Legítimas y Reservas», en *Derecho de Sucesiones: Práctica Jurídica*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tecnos (Grupo ANAYA, S. A.), Madrid, 2009, pág. 454, «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, pág. 1145.

<sup>281</sup> Como se verá más adelante, cada uno de los supuestos contenidos en este artículo se regula de forma diferente.

<sup>282</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, pág. 1015.

<sup>283</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, pág. 307, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Legítimas*, Vol. 1, *op. cit.*, pág. 238; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículos 820 al 822 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, págs. 399 – 400; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, pág. 966; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 821», en *Comentario al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo V (*Arts. 819 a 1042*), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 6090; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 55 y 128, «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 384; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 968 – 969 y nota 359; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 42, «Comentario al Art. 821 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pág. 940; BUSTO LAGO, J. M., «Tema IX: Limitaciones Dispositivas del Causante: Legítimas y Reservas», en *Derecho de Sucesiones: Práctica Jurídica*, *op. cit.*, pág. 454; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 45.

<sup>284</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1506; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 968. Al respecto, MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículos 820 al 822 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, *op. cit.*, pág. 400, al enfatizar que esta norma se refiere a la división material, destaca que el art. 821 del CC no imposibilita que el legitimario y el legatario acuerden reducir el legado a través del establecimiento de un régimen de copropiedad sobre la cosa. Sin embargo, aclara que en el caso de que alguna de las partes

Igualmente, se considera que, por envío expreso del art. 654.2 del CC, dicho precepto se aplica también a las donaciones de cosas indivisibles que deben ser reducidas por ser inoficiosas.<sup>285</sup> Este fundamento objetivo, incómoda división e inoficiosidad, en el que se basa esta norma es el que hace inviable una acción de reducción de legado o donación, si la persona a la que se le permite quedarse con la totalidad de la cosa cumple con abonar en efectivo la parte que le corresponde a los afectados.

Existe discrepancia en la doctrina respecto a si la hipótesis prevista en el art. 821 del CC se activa exclusivamente por la propia norma o es el resultado, además, de la voluntad implícita del testador. Para cierto autor<sup>286</sup>, es el mismo precepto, con total abstracción de la posible voluntad del testador, el que determina que las liberalidades inoficiosas se reduzcan en metálico, en vez de *in natura*, que es la regla general. De ahí que considere que la

---

solicite la división, posibilidad que entiende viable considerando que el CC es contrario a la comunidad de bienes, deberá cumplirse con lo dispuesto en el art. 821 del CC. Ya sea que la cosa no admita cómoda división por ser indivisible o porque si se divide sería inservible para el uso al que se destinaba. Concepción amplia del término indivisible que surge del examen integral de los arts. 401 y 404 del CC y que es cónsona con la definición que aparece en la página de internet de la Real Academia de la Lengua Española, que lee: «2. Dicho de una cosa: que no admite división, ya por ser esta impracticable, ya porque impida o varíe sustancialmente su aptitud para el destino que tenía, ya porque desmerezca mucho con la división». *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, [dle.rae.es/?id=LQlwmjM](http://dle.rae.es/?id=LQlwmjM), (última consulta el 30 de junio de 2017). Más específico aún, MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 46, comenta que «[l]a indivisibilidad puede dimanar de circunstancias de hecho, por el uso que están destinadas (cuando se trata de cosas compuestas)[,] por razones económicas ([que] es el caso de una explotación agraria constituida por diversos elementos o [de] una cosa divisible que desmerezca con su división o no admita cómoda división) o por imponerlo el derecho...», por ejemplo, mediante la Ley 19/1995, de 4 de julio, de MODERNIZACIÓN de EXPLOTACIONES AGRÍCOLAS, BOE núm. 159 de 5 de julio de 1995, última modificación el 5 de octubre de 2011, donde solo se permite la división de una finca rústica si la parcela resultante no tiene una extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, o el Decreto 118/1973, de 12 de enero de 1973, por el que se aprueba el texto de la LEY de REFORMA y DESARROLLO AGRARIO, BOE núm. 30 de 3 de febrero de 1973, última modificación de 24 de diciembre de 2002, que impide que por causa de muerte del concesionario se dividan las tierras que el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario le había adjudicado en propiedad. Otra discusión más detallada sobre la unidad mínima de cultivo, puede verse, además, en BUSTO LAGO, J. M., «Aspectos Sustantivos de las Operaciones Particionales de la Herencia», en *La División Judicial de Patrimonios: Aspectos Sustantivos y Procesales*, (dir.) J. L. Seoane Spiegelberg, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 407 – 412; RDGRN de 8 de mayo de 1999, (RJ 1999/3255).

<sup>285</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 128, citando a STS 27/4/1961, RJ 1841. Véase, además, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Legítimas*, Vol. 1, *op. cit.*, pág. 238, «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *op. cit.*, pág. 307; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 42, «Comentario al Art. 821 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pág. 940; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I., *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, 1ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2013, pág. 919; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, *op. cit.*, pág. 1146; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 969, nota 360, considera que el art. 821 del CC puede ser aplicable a cualquier disposición inoficiosa, ya se trate de legados, donaciones, instituciones *ex re certa*, sin importar que constituyan una verdadera institución de heredero, o de adjudicaciones particionales que lesionen la legítima.

<sup>286</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 967, nota 356, y 968.

facultad del legatario, de abonar en efectivo a los afectados, que pueden tratarse de legitimarios, el exceso de lo percibido, se fundamenta en la naturaleza del bien legado y en la aspiración del legislador de evitar que la reducción *in natura* de la disposición inoficiosa fuerce a que la cosa se venda en pública subasta.

Otro estudioso<sup>287</sup>, en cambio, sostiene que la potestad atribuida al legatario proviene tanto del contenido del precepto como de la voluntad implícita del testador. Este último aspecto, basado en la posibilidad de que cuando el testador dispuso el legado lo hizo previendo que se diera el supuesto contemplado en el art. 821 del CC. Sin importar que, en ocasiones, tal circunstancia pueda ser el resultado de la disminución del patrimonio del testador tiempo después del acto de otorgar su testamento. Coincidimos con esta segunda perspectiva porque es nuestro parecer que el supuesto previsto en el art. 821 del CC está supeditado, por un lado, al cumplimiento de los requisitos legales contenidos en dicha norma y, por otro lado, a la voluntad manifiesta del testador de conceder un legado, sin importar, o considerando, las potenciales consecuencias jurídicas, para satisfacer su deseo de que el bien se le atribuya a cierta persona y que, de ser necesario, no se reduzca en términos materiales sino en valor.

Indudablemente, para estudiar el art. 821 del CC, norma que como podrán observar resulta aplicable a cualquier tipo de legítima y de legatario<sup>288</sup>, se deben distinguir dos supuestos inmersos dentro del mismo. Uno que se refiere al legado otorgado a un extraño y que debe ser reducido por inoficioso, regulado como parte del primer párrafo del precepto. Otro en el que el beneficiario de ese tipo de legado resulta ser alguno de los legitimarios, que está contenido en su segundo párrafo. Sin embargo, antes de abordar esta discusión es necesario conocer, al menos en términos generales, los orígenes de la norma objeto de estudio.

---

<sup>287</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», *op. cit.*, pág. 89, «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *op. cit.*, pág. 306.

<sup>288</sup> Véase: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *op. cit.*, pág. 307; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 939, nota 314, y 969; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, págs. 45; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1506; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I., *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, *op. cit.*, pág. 919.



## A. Datos generales sobre los antecedentes legales y legislativos del art. 821 del CC

Los antecedentes de esta norma se remontan a la época del Derecho romano. A través del derecho pretorio se validó el legado *per vindicationem*<sup>289</sup> de bien indivisible, que hubiera sido considerado nulo bajo el Derecho civil, por virtud de la Ley Falcidia del 40 a. de C., permitiéndosele al heredero que instara una acción por el hecho (*actio in factum*) o la excepción del dolo (*exceptio doli*) en contra del legatario para que pudiera reclamar el pago de la estimación de su derecho a la cuarta parte de la cosa.<sup>290</sup> Criterio que se mantuvo en la etapa del Derecho castellano, específicamente, en el cuerpo normativo de las Partidas. Ya que en su Ley II, Título XI, de la Partida VI se distinguió entre la cosa objeto de legado que podía dividirse sin dañarse y aquella que era indivisible, para definir el método de pago de la legítima del heredero. Si el bien legado se podía dividir, el heredero adquiriría el pago de su legítima de la cosa misma. Por el contrario, si la cosa era indivisible, esta debía valorarse para que de su importe el heredero pudiera percibir el abono de su legítima.<sup>291</sup> Si el legatario

---

<sup>289</sup> Se clasifica como un legado real o con efecto real porque el testador transmite su propiedad al legatario, sin la intervención del heredero. Siendo la única obligación de este último, el entregarle al legatario la posesión de la cosa objeto del legado. Ya que esta modalidad de legado le confiere al legatario la potestad de reivindicar el bien legado de cualquier persona que lo tenga. Este tipo de legado difiere de aquel que en el Derecho romano se denominó como *per damnationem*, ya que esta tipología se considera de naturaleza obligacional. Mediante el mismo, el testador le imponía al heredero la obligación de transmitir y entregar la posesión del bien legado al legatario. Significaba que el legatario solo adquiriría un derecho de crédito y para obligar al heredero a que cumpliera con la prestación debida podía instar una acción personal denominada *actio ex testamento*. Como ejemplos de legado *per vindicationem*, del vigente Código Civil se pueden destacar el de cosa cierta y determinada, los de crédito y el de liberación de deuda. Mientras, podrían considerarse ejemplos del legado *per damnationem*, al de cosas genéricas e indeterminadas y al de cosa ajena. (Para mayor información sobre estas dos modalidades de legados, puede consultarse: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 10ª edición, Madrid, 2013, págs. 289 y 323; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, op. cit., págs. 239 y 244 – 247).

<sup>290</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Los Complementos de la Legítima», op. cit., págs. 91 y 98 – 99, «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, op. cit., págs. 308 – 309, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer*, Tomo I: *Las Legítimas*, Vol. 2, op. cit., pág. 1108; BIONDO BIONDI, *Sucesión Testamentaria y Donación*, op. cit., pág. 385 y nota 279; Scaevola (Cuestiones, Libro III), Dig. XXXV, Título II, 16, en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Digesto*, Tomo II, op. cit., pág. 746; Papiniano (Respuestas, Libro VIII), Dig. XXXI, Título Único, 77, § 2, en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Digesto*, Tomo II, op. cit., pág. 585; Gayo (Comentarios al Edicto del Pretor, Libro III: de los Legados), Dig. XXXV, Título II, 80, § 1, en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Digesto*, Tomo II, op. cit., págs. 762 – 763; Paulo (Comentarios a la Ley Falcidia, Libro Único), Dig. XXXV, Título II, 1, § 9, en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Digesto*, Tomo II, op. cit., pág. 740; Papiniano (Cuestiones, Libro XXX), Dig. XXXV, Título II, 12, en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Digesto*, Tomo II, op. cit., pág. 745.

<sup>291</sup> Concretamente, y en lo pertinente, el texto de dicho estatuto establecía: «...(7) e de todo lo al que fuere, puede el heredero sacar la su parte legitima, en esta manera que si aquella cosa de que fue fecha la manda fuere atal, que se pueda partir sin daño, e sin mal estanca della deue el heredero tomar della su parte (8): mas si fuesse cosa que se non pudiesse partir, assi como sieruo, o cauallo, o libro, o otra cosa semejante, estonce deuenla apreciar (9), e del precio della deue tomar el heredero la su parte. E si el heredero quisiesse tomar su

del bien indivisible inoficioso no cumplía con satisfacer la estimación de la parte correspondiente al heredero, este podía oponerle la excepción de dolo a la entrega de la cosa legada. Resultando de la aplicación de esta defensa procesal, que el heredero tendría derecho a retener el bien indivisible objeto de legado hasta que el legatario le abonara el justiprecio de su porción. De ahí que se consideró que respecto a la cosa legada existía una copropiedad entre el heredero y el legatario hasta que este último satisficiera el valor de la parte del primero.<sup>292</sup>

Todo lo señalado, en el contexto, según la Ley I, Título XI, de la Partida VI<sup>293</sup>, de que el causante no hubiera cumplido con dejarle a los herederos la cuarta parte, de tratarse de

---

*parte entera en vna cosa (10) apartadamente, que fuesse mandada a otro, non lo puede fazer, si non fuere con plazer de aquel a quien fue mandada».* LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio, Glosadas*, Tomo III, *op. cit.*, págs. 198 – 199. Véase, también, a SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente y Totalmente Revisado y Puesto al Día*, tomo XIV, *op. cit.*, pág. 448; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículos 820 al 822 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, *op. cit.*, págs. 394 - 395; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, op. cit.*, pág. 306, nota (a), «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, págs. 91, 94 y 98 – 99, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, *op. cit.*, pág. 1108; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola, op. cit.*, págs. 35 – 36; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I., *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala), op. cit.*, págs. 918 - 919.

<sup>292</sup> Esta interpretación fue el resultado del análisis del Dig. XXXV, Título II, 16 [Scaevola (Cuestiones, Libro III)], en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Digesto*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 746; Dig. XXXV, Título II, 80, § 1 [Gayo (Comentarios al Edicto del Pretor, Libro III: de los Legados)], en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Digesto*, Tomo II, *op. cit.*, págs. 762 – 763; Dig. XXXV, Título II, 1, § 9 [Paulo (Comentarios a la Ley Falcidia, Libro Único)], en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Digesto*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 740. Véase, además, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, op. cit.*, pág. 309, aludiendo a Gregorio López, Glosa a las palabras «deuenla apreciar» 14 y última de la Ley 12, Tít. 5, Partida 6ª, «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, págs. 108 – 109, refiriéndose a Gregorio López, Glosa a las palabras «deuenla apreciar» 14 y última de la Ley 12, Tít. 5, Partida 6ª, gl. 14 h. t.: cfr. ed. y vol. cits., pág. 657, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, *op. cit.*, pág. 1109, apuntando a Gregorio López, Glosa a las palabras «deuenla apreciar» 14 y última de la Ley 12, Tít. 5, Partida 6ª, gl. 14 h. t.: cfr. ed. y vol. cits., pág. 657.

<sup>293</sup> «Falcidia es llamada en latín, la quarta parte de la herencia que deue auer el heredero estraño, a lo menos, de los bienes del finado, por razon que era escrito en testamento de otro. E porende dezimos, que quando algun ome faze manda de todos sus bienes, de manera que non dexa al heredero la su parte que deue auer, estonce el heredero puede abaxar de cada vna de las mandas (1) la quarta parte della, e retenella para si. E si po auentura el testador non fiziesse mandas de todos sus bienes, pero menguasselos, de guisa, que el heredero pagando enteramente las mandas, non le fincaria en saluo la su parte; dezimos, que bien puede abaxar de cada vna de las mandas aquello que de mas mandare (2), e retenerla para si, fasta que aya su derecho. E este abaxamiento se deue fazer de cada manda, según fuere la quantia dellas. Mas si los herederos fuesen de los que descenden, o suben por la liña derecha del fazedor del testamento, estonce deuen auer la su parte legitima (3), a que llaman en latin, debitum jure naturæ; assi como deximos de suso en el titulo de los que pueden fazer testamento, en la ley que comiença, Religiosa vida, Otrosi dezimos, que el heredero puede sacar su parte, assi como deximos, de todas las mandas, o donaciones (4) que los testadores fazen por razon de su muerte». LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio, Glosadas*, Tomo III, *op. cit.*, págs. 196 – 198. Puede referirse, también, a MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículos 820 al 822 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, *op. cit.*, págs. 394 - 395.

extraños, o la parte legítima, si se trataba, por ejemplo de sus descendientes, que les correspondía de su patrimonio hereditario, por haberlo distribuido mediante mandas. Motivo suficiente para que los herederos pudieran buscar el pago de su parte en cada uno de los bienes legados por el testador.

El interés de proteger la integridad de aquella cosa que podría menoscabarse sustancialmente si se dividía, se manifestó, también, en la Ley X, Título XV, de la Partida VI. Allí se estableció que ante la petición judicial de los herederos para que se partiera la herencia del causante, el juez tenía plena potestad para decidir no partir entre ellos un bien que podría dañarse, sino, más bien, asignarlo exclusivamente a uno de ellos, imponiéndole la obligación de abonarle al resto la parte que les hubiera correspondido de la cosa.<sup>294</sup>

Dentro de la etapa codificadora del Código Civil de España, los preceptos 650 y 651 del Proyecto de Ley del Código Civil de 1851 se consideran antecedentes, respectivamente, del art. 821 y el anterior art. 822 del CC. El contenido del primero se reprodujo casi textualmente en el primer párrafo del art. 806 del Anteproyecto de 1882-1888 y así, sucesivamente, y con idéntico texto, se convirtió en el vigente apartado uno del art. 821 del CC. Precisamente, el párrafo segundo del art. 806 del mencionado Anteproyecto constituye el precedente, prácticamente, literal del apartado dos del actual art. 821 del CC. Por otro lado, la redacción del segundo<sup>295</sup>, a pesar de haber sido modificada en ciertos extremos por el art. 807<sup>296</sup> del Anteproyecto de 1882-1888, se restableció y se hizo formar parte exacta de lo

---

<sup>294</sup> «Poderio al Juez ante quien pidieren la particion los herederos, de la mandar fazer en la manera que el entendiere que sera mas guisada (1), e mas a pro dellos. E porende, quando el viesse que alguna casa, o viña (2) que deuia ser partida entre ellos, se menoscabaria mucho (3) por fazer muchas partes della, bien puede mandar que la aya toda el uno, o los dos (4). E puede fazer obligar, a aquel, o aquellos que la ouieren, que den por su parte a cada vno de los otros tantos marauedis, quanto el asmare (5) que podrian valer las sus partes, que anian en aquella casa, o en aquella viña, si partida fuesse...». LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio, Glosadas*, Tomo III, *op. cit.*, págs. 254 – 255. Véase, además, SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente y Totalmente Revisado y Puesto al Día*, tomo XIV, *op. cit.*, pág. 448; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículos 820 al 822 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, *op. cit.*, págs. 394 - 395.

<sup>295</sup> El texto del art. 651 del Proyecto de CC de 1851 decía: «Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenía: si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta a instancia de cualquiera de los interesados». GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, *op. cit.*, pág. 352.

<sup>296</sup> «Si el legatario a quien compete el derecho declarado en el precedente artículo no usare de él, podrá ejercitarlo el heredero, y si ninguno de los dos lo hiciere, se venderá el inmueble en pública subasta». Véase: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882 – 1888)...*, *op. cit.*, págs. 254 - 255.

que antes era el contenido del art. 822 del CC y que, finalmente, se incluyó, con algunas variaciones, en el apartado tercero del actual art. 821 del CC.<sup>297</sup>

## **B. Supuesto de legado indivisible sujeto a reducción asignado a un legatario extraño**

En este caso, su resolución está sujeta a un elemento puramente objetivo.<sup>298</sup> Concretamente, la opción de quedarse o no con la totalidad del bien indivisible legado corresponderá al legatario extraño, siempre que la reducción del legado no cubra la mitad o más de su valor. De cumplirse esta salvedad, y si el legatario extraño quiere utilizar el derecho que le concede el art. 821.1 del CC, este deberá pagarle su porción legal a los legitimarios con dinero no hereditario. De esta manera, mediante esta regla se «permite ... la lesión cualitativa de la legítima en caso de que la finca quede en poder del legatario, pues el legitimario perjudicado estaría percibiendo su legítima en dinero extrahereditario procedente del legatario, apartándose de la regla de pago en bienes hereditarios, ... que sólo hay que exceptuar cuando algún precepto concreto así lo establezca».<sup>299</sup> Al contrario, será el legitimario el que tenga la facultad de quedarse o no con el bien que el testador legó al extraño, si la reducción del legado cubre la mitad o más del valor de este. Si los legitimarios optan por quedarse con la totalidad del legado, también ellos deberán aportar en metálico, en beneficio del legatario extraño, la parte del mismo que no fuera inoficiosa.

Bajo este contexto, el testador puede favorecer aún más a los legitimarios disponiendo que estos tengan la primera opción de quedarse con la totalidad de la cosa legada al extraño, a pesar de que su reducción no absorba la mitad de su valor. Siempre que le abonen al legatario extraño aquella parte del legado en la que no era inoficioso.<sup>300</sup> Coincidimos con

---

<sup>297</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, op. cit., pág. 352; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882 – 1888)*..., op. cit., págs. 254 - 255. Véase, además, MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, op. cit., págs. 35 – 36; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículos 820 al 822 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, op. cit., pág. 395; SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente y Totalmente Revisado y Puesto al Día*, tomo XIV, op. cit., págs. 448 – 449; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, op. cit., pág. 306, nota (a), «Los Complementos de la Legítima», op. cit., págs. 98 – 99.

<sup>298</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», op. cit., págs. 56 y 128; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, op. cit., pág. 43.

<sup>299</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 821», op. cit., pág. 6090.

<sup>300</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, op. cit., pág. 306, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», op. cit., pág. 75, «Los Complementos de la Legítima», op. cit., pág. 107, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, op. cit., págs. 1106 - 1107; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)»,

esta perspectiva porque se fundamenta en que la base de toda sucesión es la voluntad del causante y que las normas que reglamentan las legítimas solo vienen a constituir una limitación a esta. En esa medida, resulta coherente con el sistema legitimario del Código Civil que el testador, ante la disposición voluntaria de un legado de finca indivisible, le imponga al legatario extraño la carga o condición que estime conveniente, incluso aquella que le provea un derecho preferente sobre el inmueble al legitimario que ha visto vulnerada su legítima. La intención del testador impediría la lesión cualitativa de la legítima que se posibilita a través del art. 821 del CC, siempre que se salvaguarde su cuantía.<sup>301</sup> En cambio, en el caso de un legatario extraño no es viable que el testador pueda concederle la totalidad del legado, a pesar de que su reducción iguale o exceda la mitad del valor del bien. En tal caso, se trataría de una «lesión cualitativa de la legítima que excede de los límites autorizados por el art. 821.1 CC y que, por lo tanto, puede ser declarada ineficaz a petición del legitimario perjudicado».<sup>302</sup>

### **C. Supuesto de legado indivisible sujeto a reducción otorgado a un legitimario**

Contrariamente, sobre el segundo supuesto, el texto del art. 821.2 del CC establece que si el que se beneficia del legado de cosa indivisible es un legitimario, este podrá quedarse con todo el bien que le legó el testador, siempre que el valor del mismo no exceda del límite de la porción disponible y de su cuota legitimaria. Esta disposición ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina. De una parte, están aquellos autores que consideran que el apartado primero y segundo del art. 821 del CC deben analizarse conjuntamente para evitar que el legatario legitimario, al que el testador le otorga un legado inoficioso de un bien indivisible, esté en desventaja en relación con el legatario extraño. De lo contrario, se podría entender que el legatario legitimario solo puede quedarse con la totalidad de la cosa legada si

---

*op. cit.*, págs. 128-129 y 57, «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 385; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, *op. cit.*, pág. 1146; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 42; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 821 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pág. 941.

<sup>301</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 821», *op. cit.*, pág. 6090.

<sup>302</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 821», *op. cit.*, pág. 6090, citando a VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario... Ministerio*, pág. 2032; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 307, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», *op. cit.*, pág. 75, «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, pág. 107, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, *op. cit.*, pág. 1107. Véase, además, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1146; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 42.

su valor no supera la parte disponible y la cuota legitimaria a la que tiene derecho. En otras palabras, si este no es inoficioso. Mientras, el legatario extraño podría optar por retener todo el bien legado sea o no inoficioso, siempre que ante esta última circunstancia la reducción del legado no iguale o exceda el 50% del valor del bien. Como resultado de este enfoque interpretativo, se considera que, aunque la literalidad de la norma no lo exige, el legatario legitimario normalmente tendrá la mayor participación en el bien legado al optar, preferentemente, por quedarse con la totalidad del mismo y proceder a abonar a los otros legitimarios el exceso de lo recibido, producto de la reducción por inoficiosidad de una cantidad menor a la mitad del valor de la cosa, en efectivo extrahereditario.<sup>303</sup>

De otra parte, están los autores que opinan que el párrafo segundo del precepto 821 del CC constituye un supuesto diferente y excepcional del contenido en su primer apartado, lo que hace innecesario que ambos incisos sean interpretados de manera conjunta. Se entiende que el legatario legitimario puede retener enteramente el bien legado sin estar supeditado al criterio objetivo de que su reducción por inoficiosidad absorba o no la mitad o más del valor del mismo, límite que, como previamente se ha expuesto, sí le era aplicable al legatario extraño para viabilizar su posibilidad de optar o no por quedarse totalmente con la cosa que le fue legada por el testador. Es decir, no se exige que al legatario legitimario le corresponda más de la mitad de la cosa legada, aunque de ordinario eso es lo que ocurrirá, ni que la cuantía de la reducción del legado afecte a menos de la mitad del bien para que pueda, prioritariamente, elegir quedarse con la totalidad de este y abonar el excedente al resto de legitimarios en dinero no hereditario. De manera que al legatario legitimario se le autoriza a conservar todo el legado aunque la inoficiosidad de este supere o iguale la mitad de la valoración del bien. Para los defensores de esta perspectiva doctrinal, pensar de modo contrario significaría, por un lado, que el párrafo segundo del art. 821 del CC era innecesario. Mientras, por otro lado, que se pudiera plantear, fuera de toda lógica, que la aplicación de dicha norma tiene el efecto de adicionar un nuevo requisito que el legatario legitimario debe cumplir para retener la totalidad del bien indivisible e inoficioso legado. En concreto, que la

---

<sup>303</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 307, «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, pág. 106, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», *op. cit.*, pág. 74. Por su parte, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1146, siguiendo este mismo parecer, comenta que «[e]l legatario legitimario podrá retener todo el legado de cosa indivisible aun cuando su valor supere el importe del tercio libre y de su cuota legitimaria, siempre que con ello no se cause una lesión superior a la mitad del bien legado a las demás legítimas, abonando el exceso en dinero». Véase, además, RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 821 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, (dirs.) A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Ed. Aranzadi, S. A., 2ª edición, Navarra, 2016, pág. 868.

reducción del legado no alcance la mitad del valor del bien y que la porción no inoficiosa quepa en la porción libre y en la cuota legitimaria del legatario legitimario.<sup>304</sup>

Nuestro parecer coincide más con la segunda tendencia doctrinal. Indudablemente, ambos apartados del art. 821 del CC tratan dos supuestos diferentes de legados inoficiosos de bienes indivisibles. En el primero, el grado de inoficiosidad se mide a través del criterio objetivo cuantitativo de que la reducción del legado no absorba o exceda el 50% del valor del bien que es objeto del mismo. Solo si se cumple este requisito y el legatario extraño decide hacer uso del derecho que le confiere la normativa, este podrá quedarse con la totalidad de la cosa legada a cambio de pagar en dinero no hereditario la parte legal correspondiente a los legitimarios. Distintamente, en el segundo, la inoficiosidad se estima al considerar si el legado excede de la cuantía que el testador le puede conceder a un legitimario, por lo que tratándose de un descendiente, y según el texto del art. 821 del CC, incluirá no solo su legítima estricta sino, también, el tercio de libre disposición y el de mejora, al entenderse en sentido lato la frase «porción disponible», a la que alude el precepto.<sup>305</sup> Y ello aunque el testador hubiera dispuesto en alguna medida de la mejora a favor de otros legitimarios y del tercio de libre disposición en beneficio de otros sucesores, fueran legitimarios o no. No tiene nada que ver con el criterio objetivo que se le impone al legatario extraño, en cuanto a que la reducción del legado no puede ser igual o superior al 50% del valor del bien, y que a este le debe corresponder más de la mitad de la cosa objeto del legado. Bajo el supuesto del legatario legitimario, este podrá retener todo el legado del bien indivisible, sea este inoficioso o no. La única diferencia es que si el legado es inoficioso, por exceder de lo que el testador

---

<sup>304</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 56, 57, 128 y 129, «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, *op. cit.*, págs. 385 – 386; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 40 y 41, «Comentario al Art. 821 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pág. 940. Véase, también, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 821», *op. cit.*, pág. 6091 y MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, págs. 43 y 44.

<sup>305</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, pág. 151; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», *op. cit.*, págs. 75 – 76, «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», *op. cit.*, págs. 70, 133 – 134, «Comentario al Artículo 828 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 370 y 371, «Comentario al Artículo 825 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, pág. 342; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 938; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 50, aclara, correctamente, que si el legatario legitimario es un ascendiente, la porción disponible se limitará al tercio de libre disposición.

puede atribuirle, el legatario legitimario deberá abonar la legítima del resto de legitimarios en metálico extrahereditario.

Otro elemento que, también, ha sido objeto de discusión doctrinal es la manera en que se debe imputar el legado de cosa indivisible asignado por el testador a un legatario legitimario. Hay quienes opinan que si el legatario legitimario desea quedarse con lo legado, lo que procede es que el mismo sea imputado, primero, a su legítima y luego a la parte de libre disposición. Entonces, si lo legado excede de estos parámetros, dicho exceso deberá ser compensado por el legatario legitimario al resto de legitimarios del causante, con dinero extrahereditario.<sup>306</sup> En cambio, otro sector considera que la modalidad de legado de finca que no admite cómoda división debe imputarse, como primera opción, de acuerdo a lo que haya dispuesto el testador. De no haber disposición alguna sobre este particular, el legado deberá imputarse, inicialmente, a la parte disponible, si excede a la legítima estricta y si tampoco cabe en esta parte, entonces, al tercio de mejora como mejora tácita.<sup>307</sup> Finalmente, otra corriente doctrinal entiende que «[l]a imputación del valor del legado se [debe] ha[cer] en primer término al tercio de libre, en su defecto al de mejora y en último lugar a la legítima estricta».<sup>308</sup>

---

<sup>306</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 57 y 129, «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 386; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 821 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pág. 941. Por su parte, Díez – Pícazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Ed. Tecnos, S. A., 3ª edición, Madrid, 1983, pág. 585, coincide en que el importe del legado de finca indivisible otorgado a un hijo o descendiente legitimario debe imputarse primero a la porción legítima y si excede de dicho tercio al de libre disposición. Sin embargo, fundamentándose en el art. 828 del CC, entiende que si el valor del legado rebasa, además, el tercer tercio, su excedente deberá imputarse al segundo tercio de la herencia. Solo si, también, excede del tercio de mejora, el mismo será reducido *ad valorem*. Igualmente, es su criterio que el campo de actuación del apartado segundo del art. 821 del CC se limita al supuesto de que el causante solo le haya dejado al legitimario el legado de bien indivisible. No podrá aplicarse si el testador, además, de asignarle un legado a un legitimario, le deja su cuota legitimaria a través de una institución de heredero o de otro legado, ya que estas disposiciones, claramente, desvelan que el causante tenía la intención de que la manda fuera percibida como un beneficio adicional no imputable al tercio de legítima corta.

<sup>307</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 821», *op. cit.*, pág. 6091. Véase, además, MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículo 828 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, págs. 454 y 456 – 457, esp. págs. 456 – 457, que argumenta, tratando de interpretar armónicamente los arts. 821 y 828 del CC, que «No hay cuestión cuando el legatario, aunque descendiente, no es heredero forzoso; el legado tiene que referirse al tercio libre o al tercio de mejora. Pero cuando se hace a un heredero forzoso que, como tal, tiene derecho a legítima, en interés de los demás legitimarios, ¿por qué no imputarlo primero al tercio libre, después a su legítima, y sólo en último extremo, si aún excediese, considerarlo mejora?».

<sup>308</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*, Ed. La Ley, 5ª edición, Madrid, 2006, pág. 815. Véase, además, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», *op. cit.*, pág. 134, siempre que el testador no haya dispuesto el legado a cuenta de la legítima del favorecido; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 50; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1146, «Tema IX: Limitaciones Dispositivas del



Sobre este aspecto, nuestro juicio es que, como primera alternativa, esta clase de legado debe ser imputado según haya establecido el causante. Si el testador no estableció unas normas de imputación o las que definió están incompletas, se deberá recurrir al análisis integral y complementario de los arts. 821 y 828 del CC.<sup>309</sup> A pesar de que el art. 821 del CC es una regla especial de reducción de legados inoficiosos, en su segundo apartado se incluye una referencia particular en cuanto al orden de prelación en el que se debe imputar el valor del legado de bien indivisible asignado a un legatario legitimario. Primero a la «porción disponible» y después a la cuota de legítima correspondiente al legatario. Como previamente se ha señalado, coincidimos con la doctrina en que respecto a los descendientes la denominada «porción disponible» abarca dos tercios de la herencia: el de mejora y el de libre disposición. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿a cuál de estos dos tercios se deberá imputar primero el legado?

La respuesta a esta interrogante la encontramos en el art. 828 del CC que constituye una de las reglas parciales de imputación de legados, para un supuesto en particular, cuyo propósito es definir lo que podría haber sido la intención del causante respecto a su disposición testamentaria. Este precepto no solo valida que la «porción disponible» de los descendientes se extiende al segundo y tercer tercio del patrimonio del causante, sino que, además, establece las pautas de cuál debe ser la preferencia entre ellos, a efectos de imputar los legados. En concreto, ordena que los legados se imputen, inicialmente, al tercio libre, justificado en su propia naturaleza y en el hecho de que el testador no los haya atribuido en concepto de mejora, y que, en cuanto no quepan plenamente en el mismo, su exceso se cargue al de mejora. Posibilidad, esta última, que permite que el legado adquiera tácitamente el carácter de mejora.<sup>310</sup>

El espíritu de la norma contenida en el art. 828 del CC es el respeto a la voluntad del causante, ya sea manifestada de forma expresa o implícitamente. De ahí que su sentido o razón de ser se fundamente en la lógica de que cuando el testador ordena una manda a favor de un descendiente, su pretensión no es afectar, en primera instancia, los intereses del resto

---

Causante: Legítimas y Reservas», en *Derecho de Sucesiones: Práctica Jurídica*, op. cit., pág. 455; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», op. cit., pág. 938.

<sup>309</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», op. cit., págs. 132 – 134.

<sup>310</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», op. cit., pág. 938; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», op. cit., págs. 133 – 134; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, op. cit., pág. 50.

de colegitimarios, reduciendo o desvaneciendo su expectativa a la legítima larga, sino, más bien, trasladar a los destinatarios de la libre disposición la carga que supone el pago de un legado que no constituye mejora expresa. Esta presunción *iuris tantum* es perfectamente rebatible ante la circunstancia de que la liberalidad atribuida por el testador a alguno de sus hijos o descendientes sobrepase del tercer tercio de la herencia. El efecto de esta disposición desvelará la manifiesta voluntad del causante dirigida a que se cumpla íntegramente con la asignación de la manda o legado, incluso, imputando su exceso en el segundo tercio del patrimonio hereditario, con el consabido resultado de que disminuya o desaparezca la expectativa de legítima larga de los demás colegitimarios. Significa que la mencionada presunción puede servir de modo orientativo para conocer, en términos generales, la voluntad del otorgante, pero de ninguna manera puede utilizarse para limitarla o impedirla. Máxime cuando de esta se hace evidente que el causante deseaba mejorar tácitamente al beneficiado con el legado. En otras palabras, la manifiesta voluntad del testador, que no requiere de palabras sacramentales, prevalecerá por encima de este tipo de presunción.<sup>311</sup>

Esta interpretación teleológica se corrobora tanto en el texto del art. 660<sup>312</sup> del Proyecto de Código Civil de 1851, que junto al art. 659<sup>313</sup> del mismo proyecto constituyen los precedentes inmediatos del actual art. 828 del CC, como en el comentario que cierto autor realizó del mismo. En lo pertinente, se comentó: «La voluntad expresa del mejorante debe guardarse en cuanto no lastime los derechos de los herederos forzosos. Si no constare, debe presumirse que respetó los intereses y derechos de los hijos, y quiso más bien gravar con la mejora la parte de que podía disponer a favor de extraños: no alcanzando el quinto es de necesidad que se recurra a la doble porción<sup>314</sup> que es la parte disponible cuando existen herederos forzosos».<sup>315</sup>

---

<sup>311</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», *op. cit.*, págs. 124, 126 y 140, «Comentario al Artículo 828 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *op. cit.*, pág. 368, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, *op. cit.*, pág. 853, «Atribución, Concreción del Contenido y Extinción de las Legítimas», en *A.D.C.*, fascículo 1, 1972, págs. 100 - 101.

<sup>312</sup> «Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y, en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos». Véase: GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, *op. cit.*, pág. 356.

<sup>313</sup> Su texto disponía: «Lo dejado en testamento se reputa mejora, aun cuando el testador no lo haya expresado». Entendiéndose que los prelegados se consideran mejora. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, *op. cit.*, pág. 356. Este precepto, a su vez, tiene su origen en el art. 813 del Anteproyecto de 1882-1888 que, en términos muy similares, decía: «Lo dejado por el testador a uno de los hijos o descendientes, se reputará mejora, aunque no le dé este nombre». PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882 - 1888)...*, *op. cit.*, pág. 256. Véase, además, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 828 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *op. cit.*, pág. 366, nota (a).

Todo lo señalado está relacionado con que el art. 828 del CC parte del supuesto de que el prelegado asignado a un hijo o descendiente legitimario no se imputa, al menos preferentemente, al tercio de legítima estricta por ser un beneficio adicional a la institución de heredero, disposición en la que bajo este contexto se encierra la legítima del instituido. Se entiende que cada prelegado es representativo de una mejora en sentido amplio. Solo se permite cargar el exceso del legado a la legítima corta cuando no quede otra alternativa, es decir, como último recurso, y sin importar que en la norma no se permita expresamente tal imputación, bajo el criterio de que la herencia no está dividida en compartimientos impenetrables y que dicho proceder es coherente con la voluntad del testador.<sup>314</sup> En este punto, precisamente, el art. 821.2 del CC viene a complementar, al menos expresamente, la regla de imputación de los legados de cosa indivisible adjudicados a los legitimarios. Ya que a través suyo se permite que el excedente del valor del legado, respecto a la «porción disponible», se impute a la cuota legitimaria del legatario.

---

<sup>314</sup> Según el art. 654 del Proyecto de Código Civil de 1851, se refería a la parte, que integraba el duplo de la legítima individual de cada heredero forzoso, hoy día conocida como la legítima larga, con la que el testador podía mejorar a sus hijos o descendientes. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, op. cit., págs. 353 - 355.

<sup>315</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, op. cit., pág. 356. Véase, también, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», op. cit., págs. 118 y 120, «Comentario al Artículo 828 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, op. cit., págs. 366 – 367.

<sup>316</sup> No obstante, dicho supuesto no se concibe como una regla general, puesto que, en definitiva, la resolución de cada caso está supeditada a la voluntad del testador. Ciertos ejemplos podrían servir para ilustrar tal planteamiento. Instituir como heredero a un legitimario, en la totalidad o parte de la herencia, y otorgarle, además, un legado, es circunstancia suficiente para interpretar que la voluntad del causante era que la liberalidad fuera percibida como un beneficio adicional a la legítima. Bajo este supuesto, el legado se debe imputar fuera del tercio de legítima estricta. Igualmente, si el testador favoreció a un descendiente no legitimario con un legado, este no podrá imputarse a la legítima corta porque esta clasificación de parientes no tiene derecho a participar de esta porción legal. En cambio, si el testador instituye como herederos a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios, pero no al que le asignó un legado, debe presumirse que su intención era que el legatario legitimario solo recibiera el objeto de la manda. Significa que el valor del legado debe imputarse a la cuota legitimaria del legatario y, solo, en cuanto a su exceso se aplicará el orden de prelación contenido en el art. 828 del CC, es decir, primero, al tercio de libre disposición y, después, al de mejora. Véase: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», op. cit., págs. 119 – 120, 121 y 139, «Comentario al Artículo 828 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, op. cit., págs. 367 – 368, 369, 370, 371, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, op. cit., págs. 853, 854, «Atribución, Concreción del Contenido y Extinción de las Legítimas», op. cit., págs. 100 y 101. Por su parte, ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, Ed. Servicio de Estudios de los Colegios de Registradores, D. L., Madrid, 2003, pág. 202, comenta que, igual que, por virtud de los arts. 819.1 y 825 del CC, las donaciones otorgadas a los hijos o descendientes legitimarios sin concepto de mejora se imputan primero a la legítima, el texto del art. 828 del CC sugiere que aquellos legados que no se reputen expresamente como mejoras deben considerarse en pago de la legítima, siempre que esta no se haya pagado de otra manera. A lo que añade, para efecto de aclaración, que «...cuando el art. 828 dice que no se reputará mejora sino cuando el testador lo haya declarado expresamente [...] o no quepa en la parte libre, se está significando **que, por excepción a la regla de estimarlo, de entrada, legítima, se considerará mejora...**»

Con esta conjugación armónica entre los arts. 828 y 821.2 del CC, se logra un equilibrio perfecto en la estructuración de la preferencia que se debe seguir, entre los diversos tercios de la herencia, a efectos de imputar el importe del legado de bien que no admite cómoda división y que no fue dispuesto en pago de la legítima. Justamente, la ausencia de contradicción o discrepancia entre ambas normas, que por sus respectivos textos se puede inferir que se tratan de tipos de mejora tácita, es lo que resulta en el siguiente orden de prelación en la imputación de esta modalidad de legado: (1) tercio de libre disposición, (2) tercio de mejora y (3) la cuota legitimaria del legatario. Conviene enfatizar que, igualmente, si el testador dispuso normas parciales de imputación, estas deberán complementarse con la aplicación del análisis combinado de los arts. 828 y 821 del CC. Por ejemplo, si el causante al asignar el legado dispuso que se imputara a la parte de legítima estricta correspondiente al legatario, o lo atribuyó en pago de la legítima, su exceso deberá cargarse al tercer tercio y, si aún lo rebasa, al segundo tercio del caudal relicto.<sup>317</sup>

#### **D. Recurso de venta en pública subasta**

De todas formas, de acuerdo al art. 821.3 del CC, si ninguna de las partes que tienen la opción de quedarse con la totalidad del legado desea hacerlo, cualquiera de los interesados puede exigir que el bien sea vendido en pública subasta.<sup>318</sup> Este apartado debe interpretarse

---

<sup>317</sup> Véase: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», *op. cit.*, págs. 121 y 134. Al respecto, ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, págs. 199 - 204, luego de interpretar el art. 828 del CC, sostiene que si el causante dispuso que el legado se imputara al tercio de legítima o que se asignaba en pago de la legítima, este deberá imputarse a dicho tercio, en lo que exceda al tercio de mejora y si aún no cabe al de libre disposición. Fundamentándose en la idea de que es más razonable que el exceso de lo que se dio por legítima estricta se cargue a la parte de la legítima larga que es mejora antes que al tercer tercio de la herencia. Sin embargo, si el testador no dijo nada respecto al orden de imputación ni al concepto en que otorgó el legado, el mismo se deberá imputar primero al tercio de legítima, por no haberse pagado de otra forma la porción legal correspondiente a los legitimarios, luego al tercio de libre disposición y, por último, si se tratara de hijos o descendientes, al de mejora. Establece este orden de precedencia bajo el supuesto de que el testador no hubiera dispuesto con cargo a qué tercio, el de mejora o el de libre disposición, quería que se imputara la parte que excediera del tercio de legítima estricta.

<sup>318</sup> Anteriormente, esta posibilidad se proveía a través del art. 822 del CC. Específicamente, el derogado precepto disponía lo siguiente: «si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede... podrá usarlo el que de ellos no lo tenía; si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados». Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889. Al incorporarse esta normativa en el apartado 3 del art. 821, el texto quedó de la siguiente manera: «[s]i los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados». Ante esta diferencia en la redacción, se levantaron voces divergentes en la doctrina para tratar de explicar las implicaciones de este cambio de enfoque. De un lado, estaba un sector de la doctrina, representado por BUSTO LAGO, J. M., DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., que opinaba que, a pesar de la variación en el contenido del precepto, todavía era posible que el legitimario o legatario que no tenía la opción inicial de quedarse con la totalidad del legado pudiera hacerlo suyo si la otra parte no ejercitaba la misma. BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1146, citando a DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil IV*, Ed. Tecnos, 7ª edición, Madrid, 1997, pág. 449

considerando la finalidad que el legislador persigue con la actual redacción del art. 821 del CC, que tiene varios matices. Primero, darle cumplimiento, en lo posible, a la voluntad del testador de que la cosa legada que no admite cómoda división permanezca con quien él deseaba. Segundo, no dividir aquel legado que sea indivisible o que al dividirse pueda desmerecer y causar un impacto no solo en términos económicos sino también sociales o familiares. Esto a pesar de que el mismo sea inoficioso, eso sí, siempre que la legítima de los legitimarios afectados sea cubierta en metálico. Tercero, que el legado no quede en manos de un extraño ajeno al marco sucesorio del causante, por lo que la venta del bien en pública subasta se establece como una opción subsidiaria y última.

Facilitar que no sea preciso que se creen comunidades en *pro indiviso* entre legatario y legitimario es la justificación para que la inoficiosidad de este tipo de legado de un bien indivisible se salve a través del pago a los perjudicados de su parte en efectivo, y no mediante una reducción *in natura*. Ya que esta circunstancia provocaría que cualquiera de las partes instara como primera opción, ante la falta de acuerdo entre ambos propietarios para que alguno se quede con el bien indivisible abonándole en dinero su porción al otro, la enajenación de la finca en pública subasta a una persona extraña a la sucesión del testador, para poder repartirse entre ellos el dinero obtenido de la venta. Tal objetivo es el que se obtiene con los arts. 404 y 1062.2 del CC, mediante los cuales es suficiente que cualquier comunero solicite la venta del bien en pública subasta para que la misma sea efectuada.<sup>319</sup> No obstante, es evidente que esta solución discrepa sustancialmente de la que el legislador

---

(9ª edición, 2004; 10ª edición, 2007; 11ª edición 2012), «Tema IX: Limitaciones Dispositivas del Causante: Legítimas y Reservas», en *Derecho de Sucesiones: Práctica Jurídica*, op. cit., pág. 454. Véase, también, a RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 821», op. cit., págs. 6093 – 6094. Mientras, otra vertiente doctrinal discrepa de esta apreciación porque interpreta que: «...el art. 821.III CC no concede subsidiariamente la facultad a quien no la tenía *prima facie*. La supresión de la referencia explícita a esa posibilidad que formulaba el derogado texto del art. 822 CC no significa otra cosa que la *atribución de la facultad de quedarse con la finca únicamente a la persona designada por el art. 821 CC*, pero no a la persona no designada. El art. 821 III se refiere a los herederos o legatarios que no quieren usar del *derecho que se les concede en este artículo*, pero este artículo no concede al extraño ese derecho de quedarse con la totalidad de la finca cuando la reducción no absorbe la mitad del valor del inmueble. Esta solución, por otra parte, coincide con la prevista por el art. 404 CC para los supuestos de indivisión cuando la cosa es esencialmente indivisible». RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 821», op. cit., pág. 6094.

<sup>319</sup> En el caso particular del art. 1062 del CC, que atiende también un supuesto de un bien indivisible o que desmerecería si se divide, su aplicación, igualmente, podría resultar en una excepción a la norma general de que la legítima tiene que pagarse en bienes hereditarios, lo que implica una lesión cualitativa de la misma. La diferencia es que mediante esta norma lo que se persigue es viabilizar la partición de la herencia de la mejor manera posible, tomando en consideración el contenido del caudal hereditario. En ese sentido, la opción de venta en pública subasta del bien indivisible, que se posibilita a través del art. 1062.2 del CC, no tiene que ser necesariamente subsidiaria sino que puede ser, incluso, la primera alternativa. Esto significa que un tercero, ajeno al entorno sucesorio del testador, puede quedarse con un bien hereditario. Todo dependerá si se opta o no por mantener la homogeneidad de lotes. Es decir, si se decide separar, *a posteriori*, o no, de la comunidad hereditaria al beneficiado de la atribución del bien, siempre que tal asignación constituya el abono total de su participación en el caudal relicto.

busca a través del art. 821 del CC porque, de otra manera, no tendría sentido que dicha normativa concediera una preferencia para que se ejerciera la opción de quedarse con la totalidad de la cosa legada compensando en metálico el exceso de lo recibido. Esto previo a que cualquiera de los interesados pudiera tener la posibilidad de solicitar la venta del bien en pública subasta, proceder que solo se vislumbra como una alternativa subsidiaria.<sup>320</sup>

De igual forma, se ha entendido que el testador tampoco puede ordenar, en contra de las opciones y facultades concedidas por el art. 821 del CC, que para resolver el problema de indivisión del legado se acuda directamente a la venta en pública subasta. Como ya hemos señalado, el propósito del precepto es que el recurso de venta en pública subasta del bien indivisible o de difícil división solo se active como última opción. Es decir, ante la circunstancia de que ninguno de los impactados por la normativa decidan utilizar a su favor el derecho que se les concede a través del art. 821 del CC. Por lo cual, si el testador actuara fuera de los parámetros de este precepto podría vulnerar el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima de los legitimarios al impedir que estos puedan recibir su cuota en bienes de la herencia.<sup>321</sup> Sin embargo, algún autor ha discrepado de esta apreciación al considerar que sí es posible que el testador expresamente disponga que ante la imposibilidad de dividir la cosa legada, se proceda directamente a la venta en pública subasta, sin tener que pasar, previamente, por las opciones que provee el art. 821 del CC.<sup>322</sup>

De ambos enfoques doctrinales, coincidimos con el primero porque es cónsono con la finalidad legislativa que se persigue a través del art. 821 del CC. Además de que si se interpretara que el testador puede establecer una cosa contraria al propósito del art. 821 del CC y en concreto que puede disponer que como primera opción el bien indivisible legado se venda en pública subasta, ello resultaría en que las cuotas legitimarias no se pudieran abonar

---

<sup>320</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 968; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 57, «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 387; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 821 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pág. 941; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1506; GARCÍAS DE ESPAÑA, E., «Pago en Metálico de la Legítima: Aspectos Sustantivos, Procesales y Registrales», en *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un Debate Reformista*, (dirs.) F. Lledó Yagüe, M<sup>a</sup>. P. Ferrer Vanrell, y J. Torres Lana, tomo I, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, pág. 848. Véase, además, SAP de las Palmas, núm. 386 de 11 de octubre de 2013, Sección 5<sup>a</sup>, (JUR 2013/349995).

<sup>321</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 44; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1147; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 42.

<sup>322</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 306 – 307, «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, pág. 107, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», *op. cit.*, pág. 75, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, *op. cit.*, págs. 1106 – 1107.

en bienes hereditarios. Es decir, esta hermenéutica se excedería de la excepción a la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima que el legislador contempló y permitió mediante el art. 821 del CC, pasando a ser una violación clara al aludido principio.

### **E. Garantías del perceptor de su legítima en metálico extrahereditario**

En cuanto a las garantías que protegen a los legitimarios que, debido a la aplicación del art. 821 del CC, se ven obligados a recibir su legítima o parte de ella en metálico extrahereditario, estas pueden ser tan diversas y variadas según el autor que analice dicho precepto. De un lado, está la perspectiva que considera que como la naturaleza de la legítima del CC común es *pars bonorum*, esta realidad no va a desaparecer hasta que efectivamente el beneficiado con la totalidad del bien indivisible inoficioso lleve a cabo el pago correspondiente a las legítimas. Esto implica que los legitimarios que se ven obligados a recibir su cuota en efectivo no hereditario están asegurados por la reserva de la *pars bonorum* que repercute en la titularidad y disponibilidad del legatario, en la medida en que todos los bienes de la herencia están afectos al pago de la legítima hasta que el mismo se efectúe. En otros términos, el asignatario del legado está gravado con la afección real que para estos casos presupone la reserva del art. 806 del CC. Más aún, se entiende que esa afección real sobre los bienes afecta, de igual forma, a los terceros adquirentes, por virtud del art. 15 de la LH de 8 de febrero de 1946.<sup>323</sup>

Bajo esta misma premisa, la doctrina ha planteado que el legatario de un legado de cosa indivisible sujeta a reducción no adquirirá la plena propiedad sobre el mismo hasta que, al cumplir con los requisitos del art. 821 del CC y ejercitar la opción de conservar la totalidad del bien, abone la legítima en dinero no hereditario. Esto porque la reserva del art. 806 del CC, a la cual está atado el legado, faculta a los legitimarios que estén en posesión del bien a retenerlo hasta que se defina la existencia o no de la inoficiosidad y, de haberla, sea compensada su porción legal. Incluso, se autoriza al heredero e impone a los albaceas, facultados para ello, a que tampoco hagan entrega del legado al legatario hasta que este satisfaga el derecho de los legitimarios.<sup>324</sup>

---

<sup>323</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1517 – 1518.

<sup>324</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario a los Artículos 842, 843 y 844 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, pág. 506, «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, pág. 310, «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, pág. 109, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, *op. cit.*, pág. 1110. Un criterio similar mantiene BUSTO LAGO, J.

Coincidimos con la apreciación de que la cuota del legitimario que debe percibirla en metálico no hereditario está garantizada con la esencia misma de su naturaleza que es *pars bonorum*. Este aún es cotitular de los bienes hereditarios porque su derecho no fue individualizado. Esto incluye al bien indivisible legado por el testador porque en cuanto a su porción inoficiosa también se encuentra sujeto a la cuota de reserva del art. 806 del CC. Tal situación persistirá hasta que el legatario, luego de ejercer la opción que le provee el art. 821 del CC de preservar enteramente el bien legado, cumpla con abonar al legitimario el excedente de lo recibido en efectivo extrahereditario. Es decir, respecto a la cosa legada de difícil división se mantendrá una copropiedad entre el legatario y el legitimario, hasta que el primero cumpla con pagar la legítima a la cual tiene derecho el segundo. Solo en este instante el legatario habrá adquirido la efectiva propiedad sobre la totalidad del legado, por lo que, al haberse finalmente particularizado su derecho, el bien saldrá del caudal hereditario del causante.

Es cierto que, como norma general, el art. 882.1 del CC confiere al legatario la propiedad del legado de cosa específica o determinada desde el fallecimiento del causante. También, que la doctrina ha reconocido, como excepción, que el testador puede autorizar al legatario a que se apodere por sí mismo del bien legado, a pesar de que el art. 885 del CC no le concede a este su posesión, sino que tiene que solicitar su entrega al heredero o albacea autorizado para ello.<sup>325</sup> No obstante, esta posibilidad solo es viable si, conforme al

---

M., «Comentario al Artículo 821 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1146, al indicar que: «El legitimario que posea la cosa legada sujeta a reducción por inoficiosa puede retenerla mientras el legatario no ejerce la opción prevista en el 821.1, ... abonando el dinero que corresponda a los legitimarios (los albaceas facultados para entregar legados tienen el deber de no hacerlo en tanto no ejerce la opción). Entre tanto el ejercicio de tales facultades y el pago del justiprecio fijado no tenga lugar, el heredero puede oponer la excepción de perjuicio de la legítima. La transmisión directa de la propiedad de la cosa específica al legatario – posible si el testador le ha atribuido expresamente la facultad de apoderarse de la cosa por sí mismo – está supeditada a que quepa en la parte de libre disposición (STS 6.11.1934 [RJ 1934, 1781])». Véase, además, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 45, citando a VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Los Complementos de la Legítima», pág. 109.

<sup>325</sup> Esta circunstancia, además, surge del texto del art. 883 del CC que dispone que «[l]a cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador». Esto debido a que al legatario, que no sea legitimario, no se le transfiere de derecho la posesión civilísima. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, pág. 109, refiriéndose a la RDGRN de 19 de noviembre de 1952, «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 310, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, *op. cit.*, pág. 1109, *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte II: Perspectiva Dinámica*, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición, Madrid, 1984, págs. 464 – 465, «Apuntes de Derecho Sucesorio II (Posición y Derechos de los Legitimarios en el Código Civil)», en *A.D.C.*, volumen V, fascículo 3, 1952, págs. 902 - 903. Véase, además, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 296; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 45; RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, (RJ 2016/3227); SAP de Alicante, núm. 519, de 7 de noviembre de 2014, Sección 9ª, (AC 2015/67); RDGRN de 19 de noviembre de 1952, (RJ 1952/2816); RDGRN de 19 de mayo de 1947, (RJ 1947/1044). Por su parte, DE LOS MOZOS, J. L., «La Adquisición de la Posesión en los Legados», en *A.D.C.*, núm. 4, 1962, págs. 881 – 889, no favorece la viabilidad de que el legatario pueda tener la potestad de posesionarse por sí mismo en la cosa específica objeto



mencionado art. 882 del CC, se transmite la propiedad del legado, lo que dependerá de que el bien quepa en la libre disposición, que es el único tercio del que el testador puede disponer con plena libertad.<sup>326</sup> Lo que implica que la disposición del testador autorizando a un legatario a tomar por sí mismo la cosa legada no podrá aplicarse ante el supuesto de que existan legitimarios interesados o se puedan afectar derechos de terceros.<sup>327</sup> Entonces, como el art. 821 del CC regula un supuesto de legado de un bien indivisible e inoficioso, el legatario no podrá adquirir la plena propiedad ni apoderarse por sí mismo de este, aunque el testador lo hubiera facultado para ello, hasta que haga el pago de la legítima en efectivo extrahereditario. Hasta que tal suceso no ocurra, el legitimario, al cual no se le ha individualizado su derecho y que, por lo tanto, recibe junto a los herederos la posesión

---

de legado, por el mero hecho de que el testador lo haya autorizado. Es su criterio que las normas 440 y 885 del CC no pueden estar sometidas al arbitrio privado, máxime si tal proceder podría significar la afectación del pago de las deudas y cargas hereditarias y sobre todo de la compensación de los derechos de los legitimarios, obligaciones estas a las que está prioritariamente vinculado el caudal relicto. De otra parte, añadir, para efectos aclaratorios, que la RDGRN núm. 10274 de 20 de julio de 2015, (RJ 2015/4238), determinó que ante la muerte de uno de los herederos que debe autorizar la entrega de legados, el ejercicio de dicha facultad recaerá sobre sus propios herederos. Serán estos, entonces, en sustitución del fenecido heredero, los que deberán decidir si dan o no su consentimiento a la escritura de entrega de legados.

<sup>326</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 310, «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, pág. 109, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, *op. cit.*, págs. 1109 – 1110, donde, aludiendo a la STS de 26 de octubre de 1928 y a la STS de 6 de noviembre de 1934, sugiere que ambas sentencias deben ser interpretadas conjuntamente. En la primera, el más alto tribunal resolvió que el testador podía autorizar al legatario a que tomara posesión por sí mismo del bien, sin la intervención de los herederos o el albacea. Mientras, en la segunda, se aclaró que tal posibilidad está subordinada a la efectiva adquisición de la propiedad de la cosa legada, según se establece en el art. 882 del CC, que requiere que el valor de esta quepa en el tercio de libre disposición. Véase, además, a MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 51. Respecto a la jurisprudencia, esta coincide en que la obligación de entregar el legado al legatario solo se activa ante el hecho de que este no sea inoficioso, es decir, que su valor quepa dentro de la porción que el testador puede libremente disponer. Implicando que el efecto práctico del contenido del art. 882 del CC, su alegada adquisición automática de la propiedad de los bienes legados, está subordinado a la liquidación y partición de la herencia y, en definitiva, a las normas sobre el respeto a la legítima, el orden de prelación en el pago de los legados y el abono de las deudas hereditarias. Véase: SAP de Madrid, núm. 118, de 16 de abril de 2018, Sección 14ª, (AC 2018/1234); SAP de las Palmas, núm. 459, de 25 de noviembre de 2016, Sección 5ª, (JUR 2017/19745); SAP de Cáceres, núm. 344 de 19 de diciembre de 2013, Sección 1ª, (JUR 2014/19453); SAP de Madrid, núm. 461, de 26 de septiembre de 2011, Sección 9ª, (JUR 2011/388107); SAP de Ourense, núm. 335 de 12 de diciembre de 2003, Sección 1ª, (AC 2004/266); STS núm. 1262 de 31 de diciembre de 2003, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2004/365); STS de 24 de enero de 1963, Sala Civil, (RJ 1963/518); STS de 11 de enero de 1950, Sala Civil, (RJ 1950/21). Opinión similar asume la RDGRN núm. 4280 de 4 de abril de 2017, (RJ 2017/1406); RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, *supra*; RDGRN núm. 8307 de 4 de julio de 2014, (RJ 2014/ 4479); RDGRN de 13 de abril de 2009, (RJ 2009/1870); RDGRN de 13 de enero de 2006, (RJ 2006/ 645); RDGRN de 27 de febrero de 1982, (RJ 1982/838); RDGRN de 25 de mayo de 1971, (RJ 1971/3402); RDGRN de 24 de mayo de 1930 (RJ 1930/1831). Razonamiento lógico que coincide con el contenido del art. 1025 del CC, que dispone: «[d]urante la formación del inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados».

<sup>327</sup> Al respecto, el Art. 81(a) del RH, Decreto de 14 de febrero de 1947, BOE núm. 106 de 16 de abril de 1947, última modificación el 4 de marzo de 2017, dispone que «[l]a inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de: (a) [e]scritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario siempre que no existan legitimarios y aquél se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada». Véase, también, a la RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, *supra* y a la RDGRN de 25 de mayo de 1971, (RJ 1971/ 3402).

civilísima de los bienes del caudal relicto, está claramente facultado para retener el bien objeto del legado, por virtud de la reserva del art. 806 del CC.<sup>328</sup> En otras palabras, el legitimario, al intervenir en la liquidación de la herencia, debido a la falta de persona designada por el testador para realizar la misma, y percatarse de que el bien legado por el testador es inoficioso, podrá decidir no entregarlo hasta que el legatario ejercite la opción del art. 821 del CC y satisfaga su parte en efectivo no hereditario, fundamentando su proceder en el perjuicio que podría causarse a su legítima.<sup>329</sup> Posibilidad esta que, como se mencionó en

---

<sup>328</sup> Sobre este asunto, es claro que el art. 440 del CC le confiere, de forma retroactiva, a aquel que haya sido instituido como heredero por el testador y haya aceptado la herencia, la posesión civilísima de todos los bienes del caudal relicto desde la muerte del causante. Sin embargo, hay un sólido e influyente sector doctrinal, con el que coincidimos, que considera que el legitimario también recibe la posesión civilísima sobre los bienes de la herencia, en tanto no se le haya pagado su legítima, y respecto a un bien específico, si es que el testador para compensar su derecho le asignó un legado. En palabras concretas, se ha comentado lo siguiente: «Nos apoyamos en el texto del art. 806 del CC. Hay una cuota líquida de los bienes de la herencia reservada por la ley a los legitimarios. La disposición del causante a su favor no hace sino atribuirles esa porción que previamente les estaba destinada. Ese destino prefijado, esa reserva legal, son datos suficientes, ..., para entender que la posesión del legado prolegítima – sea de cuota, de cosa cierta, o de género y de cantidad, contenidos en la herencia – debe pasar directamente al legatario-legitimario, en el momento de fallecer el *de cuius*, y para admitir que aquél puede ocupar materialmente, por propia autoridad, los bienes legados, si estuvieren determinados. O bien ha de coposeerlos con los herederos, en los supuestos de atribución de cuota o de no individualización del objeto fungible legado. ... Siendo así, la situación del legitimario que recibe su legítima en bienes de la herencia a título de legado no será peor, ni distinta, en este aspecto, que la del legitimario instituido heredero». VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Apuntes de Derecho Sucesorio II (Posición y Derechos de los Legitimarios en el Código Civil)», *op. cit.*, pág. 903, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Legítimas*, Vol. 1, *op. cit.*, págs. 204 – 205, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», *op. cit.*, págs. 38 - 40; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Art. 806 del Código Civil», en *E.C.L.C.*, BIB 2011/6076, Septiembre – 2011, págs. 3 – 4; REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 39, aludiendo a diversas obras de VALLET DE GOYTISOLO, J. B.

<sup>329</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Art. 806 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 3 y 4; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 45, refiriéndose a LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 533 – 534; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, pág. 109, «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 310, nota 6, aludiendo a LACRUZ, *Sucesiones II*, pág. 149; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, págs. 533 – 534; SAP de Madrid, núm. 118, de 16 de abril de 2018, *supra.*; RDGRN núm. 6126 de 5 de abril de 2019, *supra.*; RDGRN núm. 17474 de 29 de noviembre de 2018, *supra.*; RDGRN núm. 3264 de 22 de febrero de 2018, (RJ 2018/802); RDGRN núm. 11848 de 22 de septiembre de 2017, (RJ 2017/4387); RDGRN núm. 11955 de 16 de octubre de 2015, (RJ 2015/6490); RDGRN núm. 3014 de 3 de marzo de 2015, (RJ 2015/5556); RDGRN núm. 10272 de 15 de septiembre de 2014, *supra.*; RDGRN núm. 8090 de 16 de junio de 2014, (RJ 2014/4179); RDGRN núm. 7638 de 13 de junio de 2013, (RJ 2013/5440); RDGRN de 20 de octubre de 2001, (RJ 2002/4134). Lo comentado se desvela del art. 80.1(c) del RH que exige para la inscripción de la adjudicación de bienes hereditarios o cuotas indivisas de estos una «[e]scritura pública, a la cual hayan prestado su consentimiento todos los interesados, si se adjudicare solamente una parte del caudal y éste fuera de su libre disposición». También surge del art. 81(c) del RH, aunque disponga que para la inscripción de un legado de un bien inmueble se necesitará una «[e]scritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos». Al hacer un análisis combinado de este precepto junto con los arts. 81(a) y 81(b) del RH se puede inferir «...que la intervención de los legitimarios es [...] preceptiva en toda escritura de manifestación de herencia, incluso en el caso de que el testador haya autorizado al legatario para tomar posesión por sí solo del inmueble legado». GÓMEZ GÁLLIDO, J., «Intervención de los Legitimarios en la Partición en el Derecho Civil Común», en *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Juan José Rivas Martínez*, (dir.) A. Pérez-Bustamante de Monasterio, tomo I, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 682 - 683. La regla general es que la partición y liquidación de la herencia se realice antes de la entrega de los legados. Es decir, la entrega se da como

el apartado A de esta sección, ya surgía de los documentos históricos en los que se fundamenta el vigente art. 821 del CC.<sup>330</sup>

consecuencia de la partición. Sin embargo, puede ocurrir que se quiera entregar el legado antes de cumplirse con la formalidad de la partición y liquidación del caudal relicto. Si esto sucede, el legitimario, también, deberá intervenir en la entrega del legado o manifestar su consentimiento a que dicho acto se efectúe sin cumplir con la formalidad previamente indicada. Todo esto para garantizar la intangibilidad de su legítima, al menos de la cuantitativa, en el supuesto de aquellos que deben percibirla en metálico. Lo señalado debe suscitarse, incluso, ante el supuesto de una partición encomendada a un contador partidor. No obstante, este no requerirá el consentimiento de los legitimarios o la intervención de estos a la entrega del legado, cuando se pretenda hacer la misma antes que la partición y liquidación de la herencia, al no haber deudas y no vulnerarse las legítimas porque estas ya fueron satisfechas en vida del testador. Tampoco, evidentemente, si la entrega es el resultado de su partición. (Véase: SAP de Madrid, núm. 118, de 16 de abril de 2018, *supra.*; RDGRN núm. 6126 de 5 de abril de 2019, *supra.*; RDGRN núm. 17474 de 29 de noviembre de 2018, *supra.*; RDGRN núm. 3264 de 22 de febrero de 2018, *supra.*; RDGRN núm. 11848 de 22 de septiembre de 2017, *supra.*; RDGRN núm. 7818 de 5 de julio de 2016, (RJ 2016/4254); RDGRN núm. 11955 de 16 de octubre de 2015, *supra.*; RDGRN núm. 3014 de 3 de marzo de 2015, *supra.*; RDGRN núm. 8090 de 16 de junio de 2014, *supra.*; RDGRN núm. 8307 de 4 de julio de 2014, *supra.*; RDGRN núm. 8085 de 12 de junio de 2014, (RJ 2014/ 4616); RDGRN núm. 6119 de 6 de marzo de 2012, (RJ 2012/6149); RDGRN de 9 de marzo de 2009, (RJ 2009/1861); RDGRN de 25 de febrero de 2008, (RJ 2008/2791); RDGRN de 29 de marzo de 2004, (RJ 2004/2397); RDGRN de 27 de febrero de 1982, *supra.*; REQUIXO SOUTO, X. M., «Legado de Cosa Específica», en *E.C.L.C.*, BIB 2011/5629, Junio – 2011, pág. 3, citando a DIEZ PICAZO, L., *Sistema...*, pág. 382).

<sup>330</sup> Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 821», *op. cit.*, pág. 6093, opina que los herederos legitimarios solo pueden negarse a entregar la cosa legada si están presentes las siguientes circunstancias: (1) el legatario es un extraño; (2) que se trata de un legado de cosa específica de incómoda división; (3) que «...la reducción deje al valor del legado por debajo de la mitad del valor de la cosa...»; y (4) que luego de computar la legítima, estos decidan ejercer la alternativa que le provee el artículo 821.1 del CC de quedarse con la totalidad del bien. Este autor entiende que tal posibilidad no puede manifestarse ante un legatario legitimario porque considera que del texto del art. 821.2 del CC surge que el bien ha sido entregado anteriormente a este porque la normativa le permite «retener toda la finca». Al respecto, pensamos que para proteger su cuota legal, los legitimarios conmutados pueden utilizar la garantía de negarse a entregar el legado indivisible e inoficioso no solo contra un legatario extraño, sino, además, respecto a un legatario legitimario, ya sea que, por ejemplo, el legado fuera concedido por el causante en pago de su legítima o como una asignación adicional. Es cierto que, por la reserva del art. 806 del CC, los legitimarios adquieren, desde la muerte del testador, la posesión civilísima de todos los bienes del caudal relicto, si su derecho no fue individualizado o si se atribuyó mediante una cuota de la herencia. Igualmente, que un legitimario puede adquirir, desde la apertura de la sucesión, la posesión civilísima del bien específico objeto de un legado no inoficioso, si este fue el mecanismo utilizado por el testador para compensar su porción legal, pudiendo ocuparlo por su propia autoridad. Desde nuestro punto de vista, y enfocándonos en el supuesto del art. 821.2 del CC, esta circunstancia surge como resultado de las ventajas legales que conllevan ser un legitimario y no de interpretar aisladamente que la frase «retener toda la finca» significa que la cosa determinada legada fue previamente entregada al legatario legitimario, a pesar de que dicha aproximación resulte lógica y constituya uno de los supuestos que exceptúa que el heredero tenga que entregar el legado al legatario y permite que este se poseione por sí mismo en el bien legado. Este enunciado es solo una manera de manifestar una idea que debe ser comprendida en el contexto de la finalidad del art. 821 del CC, por lo que, incluso, pudo ser expresada con otras palabras, tales como: «conservar», «guardar», «quedarse con». Al tomar en consideración que este apartado segundo del art. 821 del CC, también, tiene origen en el art. 826 del Código Civil de Italia de 1865, en el que tanto respecto al legatario como al legitimario legatario se disponía que podían «retener todo el inmueble» objeto de legado inoficioso y de incómoda división, en cuanto al primero si se cumplía el criterio cuantitativo de grado de reducción y respecto al segundo si el valor del bien no excedía la porción disponible y la cuota legitimaria. De todas formas, consideramos que por la particularidad del supuesto del art. 821.2 del CC, el legatario legitimario y el legitimario conmutado compartirán la posesión civilísima sobre la cosa inoficiosa e indivisible legada, lo que implica que para que el primero alcance la plena posesión sobre la totalidad del bien legado, y por ende pueda ocuparlo por sí mismo, será preciso que el resto de legitimarios y herederos otorguen su consentimiento. De no darse esta alternativa, sería necesario que previo a la entrega se realice la partición y liquidación de la herencia para saber si los legados están dentro de la cuota que el testador puede disponer y no perjudican la legítima del resto de legitimarios. Interpretación que es coherente con el propósito de que se respete la cuota legal de todos los legitimarios y no solo la del legitimario legatario. (Puede referirse a: RDGRN núm. 8307 de 4 de julio de 2014, *supra.*; RDGRN de 13 de abril de 2009, *supra.*; RDGRN de 9 de marzo de 2009, *supra.*;

Precisamente, este acto visible de no entregar la posesión del legado al legatario, lo que le impide a este inscribir la entrega, es lo que permitirá que el legitimario pueda hacer eficaz la acción de reducción del legado contra un alegado y supuesto tercero civil o hipotecario. Ya que aquel que obtenga el bien indivisible e inoficioso por parte del legatario no podrá tener la condición de tercero civil o hipotecario porque no reúne ciertos requisitos que son imprescindibles para tener dicha cualidad. En concreto, no podrá adquirir la propiedad de la cosa legada porque para eso necesitaría que se manifestara, al menos, para la consecuencia de algunos contratos, la modalidad de la tradición que exige el art. 609 del CC. Lo que significa que, sin importar que haya un título, como el legatario no puede cumplir con el modo o la tradición, es decir, con la transmisión de la posesión de la cosa legada en concepto de dueño, puesto que esta no le ha sido previamente entregada por no haber abonado la legítima en efectivo extrahereditario, el contrato para adquirir la propiedad no quedará perfeccionado.<sup>331</sup>

De otra parte, si el heredero o el albacea autorizado ha procedido a entregarle el bien indivisible al legatario, sin la intervención o el consentimiento del legitimario, aunque consideramos que este acto por improcedente no debería tener acceso al Registro de la Propiedad, nos parece que para asegurar que su acción de reclamación de complemento de legítima y de reducción o ineficacia del legado pueda hacerse efectiva tanto contra el tercero civil, que adquirió el bien indivisible inoficioso a título oneroso y de buena fe, como ante el tercero hipotecario que cumple con los requisitos del art. 34 de la LH, el perceptor del metálico debe haber conseguido del Registro de la Propiedad, tratándose de que la cosa objeto del legado fuera un inmueble, la anotación preventiva de la demanda o la anotación registral de la mención.<sup>332</sup> En cambio, si se tratara de un bien mueble, este debe haber

---

RDGRN de 13 de enero de 2006, *supra.*; RDGRN de 20 de septiembre de 1988, (RJ 1988/7159); RDGRN de 25 de septiembre de 1987, (RJ 1987/6574); RDGRN de 27 de febrero de 1982, *supra.*; RDGRN de 25 de mayo de 1971, *supra.*; SAP de Alicante, núm. 519, de 7 de noviembre de 2014, *supra.*; SAP de Castellón, núm. 40, de 13 de abril de 2012, Sección 1ª, (AC 2012/1680); SAP de Madrid, núm. 461, de 26 de septiembre de 2011, *supra.*; STS núm. 397 de 21 de abril de 2003, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2003/3719); EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª. A., «Artículo 885 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo V, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 6468; AGUILERA Y VELASCO, A., *Colección de Códigos Europeos y Americanos: Código Civil Italiano: Comentado, Concordado y Comparado con las Legislaciones Vigentes en Europa y América*, Ed. Librería Universal de Córdoba y Compañía, Madrid, 1881, págs. 135 -136; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882 – 1888)...*, *op. cit.*, pág. 254); Arts. 80.1(c), 81(a) y (c) del RH, *op. cit.*).

<sup>331</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 310 – 311, «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, págs. 109 – 110, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, *op. cit.*, pág. 1110. Véase, además, STS núm. 397 de 21 de abril de 2003, *supra.*

<sup>332</sup> Véase: 15, 42.6, 46 y 16 de la LH, BOE núm. 58 de 27 de febrero de 1946, última modificación el 6 de octubre del 2015, y los arts. 84, 146 y 206.10 del RH, *supra.* En cuanto al art. 15 de la LH, consideramos que el mismo puede ser aplicable aunque es nuestro parecer que los perceptores del metálico continúan teniendo la posibilidad de instar el juicio de testamentaria. (Para una discusión sobre este precepto puede consultarse:

obtenido un embargo preventivo. Si ninguna de estas acciones fueron realizadas, al legitimario todavía le resta exigirle al legatario que le abone el valor de la parte del legado que debió reducirse por inoficiosa.<sup>333</sup>

Distintamente, si es el legitimario que debe recibir su parte legal en metálico extrahereditario el que interviene o consiente la entrega de la cosa indivisible e inoficiosa y al hacerlo sabía cuál era la valoración de su legítima o que lo atribuido para satisfacerla era insuficiente, entonces, se ha entendido que tal acto constituirá una renuncia tácita a instar una acción de reducción del legado. Claro que la parte que alegue dicha renuncia deberá probar que el legitimario conocía esta información cuando hizo entrega al legatario del legado indivisible e inoficioso.<sup>334</sup>

Un análisis alterno al expuesto podría ser que la plena propiedad del legado de cosa específica y determinada, que en un supuesto normal se adquiere al momento de la muerte del testador, según el art. 882 del CC, no se alcanza tanto por el hecho de su inoficiosidad como por estar sujeto el legatario a ejercer la opción que le provee el art. 821 del CC y a cumplir con la condición suspensiva de tener que pagar en efectivo no hereditario la legítima del conmutado. Sin duda, esta perspectiva haría inaplicable el contenido del art. 881 del CC que establece que «[e]l legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos». Ya que tanto la adquisición del legado por el legatario como su exigibilidad estarían subordinadas al cumplimiento de la condición de pago. Con más razón, es viable que el legitimario conserve en su poder el objeto legado, facultad derivada de los arts. 806 y 885 del CC, hasta que el legatario al optar por quedarse con la totalidad del mismo, proceda a compensar su legítima. Dicha condición, consideramos, serviría de protección al derecho de los legitimarios conmutados y del propio

---

LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, op. cit., págs. 383 – 384.). De igual forma, en el caso de que el heredero no le diera la posesión del bien, para defender su derecho, el legatario también tendría la posibilidad de pedir en el Registro de la Propiedad la anotación preventiva de demanda sobre el bien objeto del legado, según los arts. 42.1, 42.7 y 47 de la LH de 1946. Revisar, además, GARCÍAS DE ESPAÑA, E., op. cit., pág. 851; RDGRN núm. 8307 de 4 de julio de 2014, *supra.*; RDGRN de 13 de abril de 2009, *supra.*; RDGRN de 13 de enero de 2006, *supra.*

<sup>333</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», op. cit., pág. 311, «Los Complementos de la Legítima», op. cit., págs. 109 – 110, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, op. cit., págs. 1110 – 1111; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, op. cit., pág. 46, citando a VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Los Complementos de la Legítima», pág. 110.

<sup>334</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», op. cit., pág. 310, citando a LACRUZ BERDEJO, J. L., *Sucesiones II*, pág. 152 (en referencia al heredero legitimario), *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, op. cit., pág. 1110; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, op. cit., pág. 45, nota 16, citando a LACRUZ Y SANCHO, *Derecho de Sucesiones II*, pág. 157 (en relación al heredero legitimario).

legatario, ante terceros civiles e hipotecarios, en el caso de que se inscribiera el legado de cosa específica.<sup>335</sup>

## § 2 MEJORA EN COSA DETERMINADA

La institución de la mejora ha sido clasificada de forma variada por la doctrina, considerando sus características. Por ejemplo, se le ha catalogado como mejora revocable o irrevocable, al tomar en cuenta sus efectos; como mejora total o parcial, si constituye el todo o una fracción del tercio de mejora; como mejora expresa o tácita, según si el testador la estableció de forma clara, literal o implícita; como mejora pura, condicional o a término, de acuerdo a su modalidad y como mejora en cosa determinada o mejora de cuota, por el objeto sobre el que recae.<sup>336</sup> Centraremos nuestra exposición en el último bloque de esta clasificación, con mayor detalle y profundidad en la variante de la mejora en cosa cierta.

Tanto la norma que regula la mejora de cuota, art. 832 del CC, como aquella que reglamenta la mejora en cosa determinada, art. 829 del CC, no son imperativas sino declarativas o dispositivas porque están supeditadas a la voluntad del testador siempre que esta no sea contraria a normas imperativas, como lo son aquellas que se encargan de proteger las legítimas.<sup>337</sup> La primera, que se señala en una cuota hereditaria o parte alícuota del caudal relicto, viene a ser la contrafigura o complemento de la segunda, que se asigna sobre un bien concreto.<sup>338</sup> Pensamos que el art. 832 del CC es el reverso del art. 829 del CC,

---

<sup>335</sup> Véase: Artículos 81(b) y (c), 80.2, aplicado analógicamente, y 51.6 del RH de 1947, *supra* y 9 (c) y 23 de la LH, *supra*; RDGRN de 19 de septiembre de 2002, (RJ 2002/9937), resolución que se puede utilizar en términos analógicos al tratar de la inscripción de un legado sujeto a la condición suspensiva de que el legatario aceptara el mismo. Igual circunstancia se ha dado ante la falta de aceptación de la herencia por los herederos. RDGRN núm. 2 de 13 de octubre de 2005, (RJ 2005/7451). Aunque, algún autor considera que la obligación de pagar en efectivo la legítima es, más bien, un modo. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, pág. 392.

<sup>336</sup> PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Vol. II, *op. cit.*, págs. 455 – 461; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, *op. cit.*, págs. 488 - 489; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral: Tomo II*, *op. cit.*, págs. 1561 – 1578; VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, *op. cit.*, págs. 286 – 292; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, págs. 475 – 481; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, págs. 1158 – 1166; DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desarrollo en el Derecho Español...*, *op. cit.*, pág. 250.

<sup>337</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral: Tomo II*, *op. cit.*, pág. 1573; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, *op. cit.*, pág. 502.

<sup>338</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 914, 918 y 924; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 832 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, pág.

justificados en la literalidad de su texto<sup>339</sup> que evidencia que se trata de una mejora de cuota en sentido estricto. En cambio, estaremos ante una mejora de cosa determinada cuando haya asignación de bienes específicos, ya sea como parte esencial de la disposición testamentaria o en pago de la cuota que es el objeto directo del acto dispositivo. Significa que la discrecionalidad dispositiva que el legislador confiere al testador a través de la institución de la mejora, puede ejercerse de forma genérica, mediante una mejora de cuota, o de manera específica, por medio de la mejora en cosa cierta.

La mejora en cosa determinada constituye uno de los mecanismos que tiene el testador para preservar la unidad de los patrimonios familiares, sean agrícolas, comerciales e industriales, porque provee la posibilidad de abonar la legítima de los no mejorados con metálico extrahereditario. Viene a ser una de las herramientas jurídicas que amplían las posibilidades del testador para ordenar su sucesión, de acuerdo a su deseo e inquietudes. Una discrecionalidad dispositiva que el legislador otorga al testador, materializada en un objeto tangible y determinable en tiempo y espacio, para que ordene y planifique su herencia conforme a su genuino criterio.<sup>340</sup> Mediante su aplicación, el testador activa la dualidad de la que goza el sistema sucesorio español, en términos generales, y el instituto de la mejora, en términos específicos. Nos referimos, en lo pertinente, a su derecho subjetivo de disponer libremente de sus bienes, eligiendo los objetos a asignarse y determinando el título por el cual va a asignar los mismos, y al límite legal que se le impone a este al sujetar su aplicación a un grupo familiar definido, es decir, a los descendientes, y a una proporción fijada previamente, que puede distribuir entre ellos, conforme sea su deseo.

El ejercicio de este tipo especial de mejora, por lo general, va implicar a la vez una ventaja para el mejorado, tanto en términos cualitativos como cuantitativos, y una desventaja o desigualdad para el resto de descendientes no mejorados, a nivel cuantitativo y en ciertos casos hasta cualitativo. Significa que ante una mejora en cosa cierta resultará inaplicable el principio de homogeneidad de lotes contenido en el art. 1061 del CC, en cuanto a que estos deben estructurarse integrando bienes de la misma naturaleza, calidad y especie, al menos respecto a la cosa determinada que es objeto de mejora. Su particularidad es que el exceso

---

429; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral: Tomo II, op. cit.*, pág. 1573; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 832», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 6191; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 63 - 64.

<sup>339</sup> «Cuando la mejora no hubiere sido señalada en cosa determinada, será pagada en los mismos bienes hereditarios, observándose en cuanto puedan tener lugar, las reglas establecidas en los artículos 1.061 y 1.062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición».

<sup>340</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada, op. cit.*, págs. 10 y 23 - 24.

del acto dispositivo generado a través de la mejora en cosa determinada no se subsana alterando la sustancia del bien concreto, o sea mediante una reducción ordinaria, *in natura*, sino por virtud de una reducción en dinero al mejorado. La extralimitación dispositiva en beneficio del mejorado no se compensa restringiéndole la percepción de la cosa cierta señalada como mejora, sino solo el importe cuantitativo de esta.

#### A. Algunas notas históricas de la institución jurídica

Hay ciertos autores<sup>341</sup> que sostienen, sin mayor elaboración, que el nacimiento de la mejora en cosa determinada o cierta se remonta al suceso de la revisión de la Ley *Dum Inlicita*<sup>342</sup> en el siglo VII, norma ubicada dentro de la *Lex Visigotorum* o *Liber Iudiciorum* que permitía que los ascendientes pudieran mejorar a sus descendientes. Concretamente, se referían a la puntualización que se hizo de que si se confería alguna cosa especial a los hijos, tal atribución debía cumplirse, según la hubiera dispuesto el testador.<sup>343</sup>

Cuando la versión del *Liber Iudiciorum* modificada por el Rey visigodo Ervigio se tradujo al castellano en el Fuero Juzgo de 1241, se incluyó, evidentemente, la forma general de la mejora contenida en la Ley *Dum Inlicita*, junto con su modalidad específica de la mejora en cosa determinada, manteniéndose, incluso, la misma referencia legal, es decir, Libro IV, Título V, Ley 1ª. En lo pertinente, esta legislación mantuvo la potestad del ascendiente de mejorar a sus hijos o descendientes en una tercera parte de sus bienes y que si

---

<sup>341</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 26 y 28; DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desenvolvimiento en el Derecho Español...*, op. cit., pág. 142.

<sup>342</sup> Entre los autores que consideran que este estatuto representa el precedente de la mejora, se encuentran: DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desenvolvimiento en el Derecho Español...*, op. cit., págs. 1, 5, 52, 281 – 282; ROMERO VIEITEZ, M. A., *La Mejora*, op. cit., págs. 42 – 44; VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, op. cit., pág. 278, nota 1; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Vol. II, op. cit., pág. 451; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, op. cit., pág. 482. Véase, además, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, op. cit., pág. 470; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., pág. 25; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, Tomo II, op. cit., pág. 1555; BLASCO GASCÓ, F. de P., *Instituciones de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, op. cit., pág. 177; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, op. cit., pág. 56; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, op. cit., págs. 1156 - 1157; ÁLVAREZ MORENO, Mª. T., *La Mejora en Favor de los Nietos*, op. cit., págs. 23 – 25.

<sup>343</sup> DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desenvolvimiento en el Derecho Español...*, op. cit., págs. 281 – 282; ROMERO VIEITEZ, M. A., *La Mejora*, op. cit., págs. 44 – 47; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, op. cit., pág. 482; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 25, 27 – 28 y nota 10; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, op. cit., pág. 470; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Vol. II, op. cit., pág. 451; ÁLVAREZ MORENO, Mª. T., *La Mejora en Favor de los Nietos*, op. cit., págs. 24 – 25 y nota 18.



de esa porción se le confería alguna cosa en particular a cualquiera de ellos, esta debía ser respetada y cumplida conforme dispuesto por el testador.<sup>344</sup>

En el Fuero Real<sup>345</sup>, primer Código realizado por Alfonso X el Sabio, entre finales del año 1254 y principios del 1255, se mantuvo el instituto de la mejora para beneficio de los descendientes en un tercio del caudal hereditario. No se permitió acumular la tercera parte de mejora y la quinta porción de libre disposición para favorecer a hijos o nietos.<sup>346</sup> Sin

---

<sup>344</sup> «Onde mandamos que si el padre o la madre, el avuelo o la avuela quisier mejorar a algunos de los fijos o de los nietos de su buena, non les pueden dar mas de la tercia parte de sus cosas de mejora [...] en tal manera que si el padre o la madre, o el abuelo o el avuela daquela tercia parte de sus cosas diere alguna cosa a los fijos o a los nietos specialmiente, aquello será estable cuemo le fuere mandado; ni el fijo, ni la fija, ni el nieto lo que oviere daquela tercia non puede ende fazer nenguna cosa, si non lo que mandó el padre o el abuelo...». *Fuero Juzgo en Latín y Castellano, Cotejado con los más Antiguos y Preciosos Códigos por la Real Academia Española*, Ed. Ibarra Impresora de Cámara S. M., Madrid, 1815, págs. 76 – 77; «Fuero Juzgo», Ley I, Tit. V, Lib. IV, en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, op. cit., pág. 45; DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desenvolvimiento en el Derecho Español...*, op. cit., págs. 110 – 119, 122, 123, 125, 134, 282; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 30 - 31; ROMERO VIEITEZ, M. A., *La Mejora*, op. cit., págs. 51, 54 - 56; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, op. cit., pág. 1555; ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *La Mejora en Favor de los Nietos*, op. cit., págs. 28 – 30; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, op. cit., pág. 56; PACHECO, J. F., «De la Monarquía visigoda y de su Código El Libro de los Jueces o Fuero Juzgo», op. cit., págs. XLII, XLV – XLVI y LVI; MARTÍNEZ MARINA, F., *Ensayo Histórico – Crítico sobre la Legislación y Principales Cuerpos Legales de los Reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas*, Tomo I, Lib. 6to, 2ª edición, Ed. Imprenta D. E. Aguado, Madrid, 1834, págs. 293, nota 1; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Vol. II, op. cit., pág. 451. Para conocer sobre el Fuero Juzgo puede examinarse: DE UNQUERA BALBIN, A., «Fuero Juzgo: Prólogo», en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, E. Pinel y A. Aguilera y Velasco (dirs.), Ed. Imprenta a cargo de Francisco Roig, Madrid, 1865, págs. 3 - 5; PACHECO, J. F., «De la Monarquía visigoda y de su Código El Libro de los Jueces o Fuero Juzgo», op. cit., págs. XLV - XLVI y LVII – LXXV.

<sup>345</sup> A este documento legal, se le conoce también como: Fuero Castellano, Fuero del Libro, Flores de las Leyes, Fuero de Castilla, Fuero de la Corte, Libro de los Consejos de Castilla. Sus leyes provienen del Fuero Juzgo, por evidente lógica, del *Liber Iudiciourum*, de otros fueros castellanos como, por ejemplo, el Fuero de Soria y de normas romanas y canónicas. Se pretendía armonizar y unificar en un solo estatuto, que resultara aplicable a todo el territorio español, toda la legislación que se encontraba dispersa, ya fuera en los diversos fueros municipales, los privilegios de los nobles y las inmunidades eclesiásticas. Aunque tuvo mayor difusión entre los municipios que el Fuero Juzgo, en la práctica su política de uniformidad del derecho no se alcanzó plenamente. Se aplicó como fuero municipal, de forma sucesiva, primero, en Aguilar del Campo, luego en Niebla de Sahagun, Valladolid, Alarcón, Burgos, entre otras municipalidades. Su ideal homogeneizador se vio afectado por la clara confrontación y oposición que la clase de la nobleza manifestó respecto a esta legislación general. Debido a estas confrontaciones, el Fuero Real fue derogado en el año 1272, lo que resultó en que la nobleza castellana se rigiera nuevamente a través del Código Nobiliario de las Navas. Aunque, el Fuero Real se mantuvo en los pueblos que lo habían admitido. Además de que Alfonso X el Sabio, le volvió a conferir importancia cuando, mediante el Ordenamiento de Alcalá, ordenó que el Fuero Real se siguiera por encima de las Siete Partidas. Similar disposición incluyó en la Ley 1ª de Toro y en la Ley 3ª, Título II, Lib. III de la Novísima Recopilación. LÓPEZ PUIGGERVER, J. M<sup>a</sup>., «Fuero Real: Prólogo», en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, E. Pinel y A. Aguilera y Velasco (dirs.), Ed. Imprenta a cargo de Francisco Roig, Madrid, 1865, págs. 198 – 200; JORDAN DE ASSO, I. y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., «El Fuero Viejo de Castiella - Discurso Preliminar», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo I, Ed. Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1847, págs. 231 – 233; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., pág. 32; ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *La Mejora en Favor de los Nietos*, op. cit., pág. 29, nota 33.

<sup>346</sup> «Ningun home que hubiere fijos, o nietos, o dende Ayuso, que hayan de heredar, no pueda mandar, ni dar a su muerte mas de la quinta parte de sus bienes; pero si quisiere mejorar a alguno de los fijos, o de los nietos, puedalos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha, que puedan dar por su alma, o en otra parte de quisiere, e no a ellos». «Fuero Real», Ley X, Título V, Libro III, en *Los Códigos Españoles*

embargo, contrario al Fuero Juzgo y a la Ley *Dum Inlicita*, no se aludió expresamente a la mejora en cosa determinada. La legalidad de la aplicación de esta figura especial fue validada por la interpretación doctrinal.<sup>347</sup> Acción que era coherente con el hecho de que desde el siglo XIII, los Reyes utilizaban el *ius interpretandi* para modificar el Derecho castellano. Los monarcas usaban su poder legislativo, que se manifestaba mediante el *ius interpretandi*, para reformar el contenido de sus Códigos o el de los Fueros municipales, si a través de estos no se podía resolver una controversia. Era más fácil y práctico aplicar esta autoridad legislativa para subsanar las lagunas legales, que iniciar un proceso de elaboración y aprobación de una nueva ley. En el caso particular del Fuero Real, tal facultad se dispuso expresamente en el Libro I, Título VII, Ley 1ª<sup>348 349</sup>.

El texto del Fuero Real, respecto a la mejora en términos generales, concuerda con el utilizado en las Leyes del Estilo<sup>350</sup>, compiladas a principios del siglo XIV, es decir entre el

---

*Concordados y Anotados*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 382; «Fuero Real», en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 233; Ley X, Título V, Libro III, en *Fuero Real de España Diligentemente Hecho por Don Alonso IX: Glosado por Alonso Díaz de Montalvo*, Tomo I, *op. cit.*, págs. 66 – 72; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, pág. 1157. Véase, también, PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Vol. II, *op. cit.*, págs. 451 – 452; ÁLVAREZ MORENO, Mª. T., *La Mejora en Favor de los Nietos*, *op. cit.*, nota 34; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 32 – 33, 34 y 37; DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desenvolvimiento en el Derecho Español...*, *op. cit.*, págs. 120, 123, 126 – 129, 134; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 56.

<sup>347</sup> Véase: SEMPERE Y GUARINOS, J., *Historia de los Vínculos y Mayorazgos*, Ed. Imprenta de Sancha, Madrid, 1805, págs. 208 – 209; CERDÁ RUIZ – FUNES, J., «Las Glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla», en *AHDE*, núm. 21 -22, 1951 – 1952, págs. 930 – 932; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, pág. 33.

<sup>348</sup> «Mandamos (a) que todos los Alcaldes que fueren puestos, juren (a) en el Consejo: (b) que guarden los derechos del Rey, y del Pueblo, y a todos los que a su juicio (a) vinieren, que juzguen por estas leyes, que en este libro son escriptas, e no por otras: (b) e si Pleyto acaesciere, que por este libro no se pueda deminar, embienlo a decir al Rey, (a) que les dé sobre aquello ley, (b) porque juzguen; e la ley que el Rey les diere, metanla en este libro». *Fuero Real de España Diligentemente Hecho por Don Alonso IX: Glosado por Alonso Díaz de Montalvo*, Tomo I, *op. cit.*, págs. 79 – 84; «Fuero Real», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 354; «Fuero Real», en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 206. Esta potestad real de modificar la legislación a través de la interpretación se hizo más evidente en el Ordenamiento de Alcalá, que se promulgó por Alfonso XI en el año 1348. Específicamente, en el Título XXVIII, Ley 1ª, se establecía, en lo pertinente, lo siguiente: «Et porque al Rey pertenesce, e hà poder de facer fueros, e Leys, e de las interpretar, e declarar, e enmendar do viere que cumple...». Véase: JORDAN DE ASSO y DEL RÍO, I. y DE MANUEL y RODRÍGUEZ, M., *El Ordenamiento de Leyes que Don Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año 1348*, Ed. Librería de los Señores Viuda e Hijos de Don Antonio Calleja, Madrid, 1848, págs. 61 – 64, esp. la pág. 64.

<sup>349</sup> LÓPEZ ORTIZ, J., «La Colección Conocida con el Título de Leyes Nuevas y Atribuida a Alfonso X el Sabio», en *AHDE*, núm. XVI, 1945, págs. 5 – 7. Para ver un suceso histórico que valida la facultad del monarca de legislar por medio de la interpretación, pueden revisarse: *Cortes de los Antiguos Reinos de León y de Castilla, publicado por la Real Academia de la Historia*, Tomo I, Ed. Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneyra, Madrid, 1861, págs. 107 – 108.

<sup>350</sup> Fue producto del trabajo realizado por los jurisconsultos más destacados e importantes del siglo XIII. Esta colección jurídica se compone de 252 leyes o decisiones, agrupación que tuvo la finalidad de atender y resolver las dudas que se fueron suscitando respecto a la aplicación del Fuero Real. «Leyes del Estilo», en *Colección de*

año 1300 y 1310. De acuerdo a su Ley 214, la mejora persiste como la tercera parte de los bienes y solo puede detraerse de dicho tercio, pues está impedida de acumularse con la quinta parte de la cuota disponible.<sup>351</sup> No obstante, fue en este documento, que integra las interpretaciones o aclaraciones judiciales relativas al Fuero Real, donde se comenzó a trazar con mayor claridad y concreción los contornos del instituto de la mejora en cosa determinada. Sobre este aspecto, en la Ley 213 de las Leyes del Estilo se precisó que el padre puede asignarle el tercio de mejora a un hijo mediante la atribución de un bien concreto, que pudiera tratarse de una vivienda, un edificio o cualquier bien inmueble indivisible o cuya división pudiera implicar su desmerecimiento.<sup>352</sup>

En los comienzos de la Edad Moderna, concretamente, en el año 1505, se aprobaron las Leyes de Toro.<sup>353</sup> Esta legislación es significativa porque contiene la reglamentación más

---

*Códigos y Leyes de España*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 287. Véase, además, «Leyes del Estilo: Introducción», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo I, Ed. Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1847, pág. 303; LÓPEZ ORTIZ, J., «La Colección Conocida con el Título de Leyes Nuevas y Atribuida a Alfonso X el Sabio», *op. cit.*, págs. 7 – 9; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *op. cit.*, pág. 33; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Vol. II, *op. cit.*, pág. 452; ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *La Mejora en Favor de los Nietos*, *op. cit.*, pág. 30.

<sup>351</sup> «...Ningun hombre que hobiere fijos, que es en el Fuero de las leyes, en el título de las Mandas, en el capítulo, pero si quisiere mejorar a alguno de sus fijos, o de sus nietos, puedelo mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta parte sobredicha. Y es a saber sobre esta quinta parte, y sobre esta tercia parte, quando no hay otro Fuero, ni costumbre que sea contra la Ley que sacan primero por razon del alma, y quinto de quanto hobiere, y mandarlo ha a quien quisiere: y de todo lo al que finca mejorar a alguno de sus fijos, y mandarle ha el tercio, y así se usa esta Ley». «Leyes del Estilo», en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 319; «Leyes del Estilo», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 335. Véase, también, a LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 34 y 37; DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desenvolvimiento en el Derecho Español...*, *op. cit.*, págs. 138, 142 - 147; ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *La Mejora en Favor de los Nietos*, *op. cit.*, pág. 30; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, pág. 1157.

<sup>352</sup> «El padre puede mandar a uno de sus hijos de mejoría el tercio de quanto ha, segun el Fuero de las Leyes, y algunos dicen, que este tercio que debe ser tomado de todos los bienes: mas no en una cosa apartadamente, y esto no es así: **ca bien puede darle este tercio de mejoría en una cosa apartadamente de las suyas, mayormente si son Casas, o Torres, o otras cosa que no se pudiese partir sin menoscabo de la cosa**». Énfasis suplido. «Leyes del Estilo», en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 319; «Leyes del Estilo», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 335. Véase, además, LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 33 – 34; DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desenvolvimiento en el Derecho Español...*, *op. cit.*, págs. 135 – 136, 138, 141 - 142, 282; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 57; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, pág. 1157.

<sup>353</sup> Son leyes de carácter general que fueron elaboradas entre 1502 y 1504. Fueron iniciadas en las Cortes de Toledo, a causa de las quejas que se le manifestaron a los Reyes Católicos, la Reina Doña Isabel y el Rey Don Fernando, respecto a que el derecho práctico no era constante. Había diversas formas de entender las leyes, que incluían los Fueros, las Partidas, los Ordenamientos, lo que se acrecentaba más aún en los lugares donde no regía estatuto alguno. Esto ocasionaba que controversias de igual naturaleza fueran resueltas de forma diferente. Se reclamaba un remedio para esta realidad que creaba inestabilidad y confusión en el país. Los Reyes Católicos ordenaron que se preparara un documento legal que contuviera unos principios y reglas generales aplicables a todo el pueblo, cuyo objeto fuera definir cómo se debía proceder ante las circunstancias en las que, ordinariamente, se suscitaban dudas. Las Leyes de Toro se promulgaron por el Rey viudo Fernando,

integral y pormenorizada de la institución jurídica de la mejora. De las 83 leyes que componían las Leyes de Toro, 13 estaban relacionadas con la mejora, en específico, desde la Ley XVII hasta la XXIX. En cuanto a la mejora en cosa determinada o cierta, esta estaba, especialmente, regulada en las leyes XIX y XX de Toro, constituyendo así un antecedente más del actual art. 829 del CC. En esencia, como se verá, esta regulación se mantuvo hasta la promulgación del Código Civil de 1889.<sup>354</sup>

A través de la ley XIX<sup>355</sup> de Toro se permitió que el ascendiente testador pudiera atribuir, a favor de sus hijos o nietos, cosas ciertas y determinadas a cuenta de la cuota legal de mejora. Siempre que dicha atribución cumpliera con el límite cuantitativo que incluía la porción de mejora, que para aquel entonces era 1/3 de 4/5, y la de libre disposición, que era 1/5 fracción de toda la herencia, considerando el valor del caudal relicto al momento de la muerte del testador. Además, se enfatizaba que el testador no podía delegar la facultad de

---

como padre de la sucesora al trono, administrador y gobernador de los Reinos de Castilla y de León, y se publicaron por su hija la Reina Doña Juana el 17 de marzo de 1505, día en que se inauguró el reinado de esta. Y se denominaron como tal, porque para dicho acto las Cortes se convocaron en la ciudad de Toro. PACHECO, J. F., *Comentario Histórico, Crítico y Jurídico a las Leyes de Toro*, Tomo I, Ed. Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1862, págs. 11 – 17. Para conocer más sobre los orígenes, desarrollo y propósito de las Leyes de Toro, pueden revisar: LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario, Crítico, Jurídico, Literal a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Tomo I, *op. cit.*, págs. 5 y 17 – 26; «Introducción: Leyes de Toro», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo VI, Ed. Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1849, págs. 553 – 556. Véase, también, DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desenvolvimiento en el Derecho Español...*, *op. cit.*, págs. 151 – 154.

<sup>354</sup> NOLASCO DE LLANO, P., *Compendio de los Comentarios Extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, *op. cit.*, 1795, págs. 86 – 88; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 35 y 38; ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *La Mejora en Favor de los Nietos*, *op. cit.*, pág. 31; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II *op. cit.*, pág. 1556; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 57; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Vol. II, *op. cit.*, pág. 452; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, pág. 1158.

<sup>355</sup> «El padre y la madre y abuelos en vida [o] al tiempo de su muerte pued[e]n señalar en cierta cosa o parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría, en que lo haya el hijo o hijos e nietos que ellos mejoraren; con tanto que no esceda [sic] el dicho tercio de lo que montare o valiere la tercera parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esa facultad de poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no la pueda el testador cometer a otra persona alguna». ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Toro, según Espiritu y el de la Legislación de España, en que se Tratan las Cuestiones Prácticas, Arreglando sus Decisiones a las Leyes y Resoluciones más Modernas que en el Día Rigen*, *op. cit.*, pág. 134; PACHECO, J. F., *Comentario Histórico, Crítico y Jurídico a las Leyes de Toro*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 278; LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario, Crítico, Jurídico, Literal a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 346; *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo VI, *op. cit.*, pág. 560; NOLASCO DE LLANO, P., *Compendio de los Comentarios Extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, *op. cit.*, pág. 86. Véase, también, a SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>, *op. cit.*, pág. 1012, nota 74, citando a Novísima Recopilación, Ley 3, Tít. VI. Lib. X; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 35 – 36, citando a la Nov. Recop. ley 3, tít. VI, lib. X; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 917 – 918; DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desenvolvimiento en el Derecho Español...*, *op. cit.*, pág. 170; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 57.

poder mejorar en cosa determinada porque esta resulta ser personalísima. Es decir, su señalamiento o no era de su exclusiva potestad.<sup>356</sup>

Aunque el estatuto no establecía expresamente ningún límite cualitativo a la facultad del testador de mejorar en cosa cierta, incluso se argumentó que la Ley XIX de Toro vino a reconocer su libertad distributiva en el ámbito cualitativo, la doctrina<sup>357</sup> estableció el debate en torno a si esta debía ser o no de la misma calidad que los otros bienes de la herencia. Se consideró que existía conexión entre el aspecto cuantitativo y cualitativo de la mejora. Más aún, que el límite legal cuantitativo máximo sería el elemento delimitante de la cualidad de la cosa cierta objeto de la mejora.

En relación tangencial con este asunto, también, se comenzaron a cuestionar<sup>358</sup> si procedía o no el suplemento en metálico u otros bienes de la herencia, de suscitarse, ante un supuesto de mejora en cosa cierta con señalamiento de cuota, una disparidad entre el valor de la cuota y el del objeto determinado. Se pensaba que si se trataba de una mejora en una cosa cierta con asignación de cuota, como la cosa cierta y la cuota eran objeto inmediato de la parte dispositiva (*substantia dispositionis*), no se concebía su suplemento o cambio con otros bienes hereditarios, si el valor del bien era menor o igual al de la porción legal de mejora. Tampoco se consideraba permisible sustituir la cosa cierta por otra, si la estimación del bien superaba el valor de la cuota de mejora, pues se entendía que lo que procedía era considerar el exceso inválido y sujeto a reducción *in natura*. En cambio, si se trataba de una mejora en cuota con señalamiento de cosa en pago (*solutio dispositionis*) donde el valor del objeto concreto era menor que la porción atribuida, como la definición de la cosa determinada era

---

<sup>356</sup> ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Toro, según Espiritu y el de la Legislación de España, en que se Tratan las Cuestiones Prácticas, Arreglando sus Decisiones a las Leyes y Resoluciones más Modernas que en el Día Rigen*, op. cit., págs. 134 – 138, esp. en la pág. 135; SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>, op. cit., pág. 1012; DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desenvolvimiento en el Derecho Español...*, op. cit., págs. 177 – 179, 182, 282; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 37 – 38 y 46; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», op. cit., pág. 918; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHEZ REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, op. cit., pág. 470. Para ver comentarios adicionales sobre la Ley XIX de Toro, puede referirse a: PACHECO, J. F., *Comentario Histórico, Crítico y Jurídico a las Leyes de Toro*, Tomo I, op. cit., págs. 279 – 286; LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario, Crítico, Jurídico, Literal a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Tomo I, op. cit., págs. 348 - 358; NOLASCO DE LLANO, P., *Compendio de los Comentarios Extendidos por el Maestro Antonio Gómez á las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, op. cit., págs. 86 – 87.

<sup>357</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 39 – 41; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», op. cit., pág. 918 y nota 283.

<sup>358</sup> LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario, Crítico, Jurídico, Literal a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Tomo I, op. cit., pág. 428; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 36, 41 – 45 y nota 48; PACHECO, J. F., *Comentario Histórico, Crítico y Jurídico a las Leyes de Toro*, Tomo I, op. cit., págs. 281 – 282.

una actividad particional posterior y ajena al contenido dispositivo de la mejora, se opinaba que era posible su complemento con otros bienes de la herencia. De otra parte, si la mejora de cosa cierta no tenía señalamiento de cuota (otra modalidad de *substantia dispositionis*), se consideraba válida la atribución aunque excediera el tercio y quinto de mejora, ya que su exceso se podía imputar a la porción de legítima, por virtud de la Ley 26 de Toro<sup>359</sup> que confería esta posibilidad para las mejoras tácitas.

Por su parte, la ley XX<sup>360</sup> de Toro definió la forma en que los herederos debían cumplir con la mejora en cosa determinada señalada por el causante. El tercio o quinto que el testador señalara para algún hijo o nieto debía satisfacerse con la cosa cierta que este hubiera fijado. El valor de la cuota de la mejora no podía abonarse en efectivo. Tal proceder era

---

<sup>359</sup> «Si el padre o la madre en testamento o en cualquier última voluntad o por otro algún contrato entre vivos que fiziesen alguna donación a alguno de sus hijos o descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio y en el quinto, entiéndase que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes; y la tal donación se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que ni a él, ni a otro no pueda mejorar más de lo que más fuere el valor de dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio y quinto, y legítimo de lo que debían haber de los bienes de su padre, y madre y abuelos, y no en más». Tal posibilidad, además, se hacía patente en la Ley 29 de Toro que, en lo pertinente, leía: «Cuando algún fijo o fija viniesen a heredar o partir los bienes de su padre, o de su madre, o de sus ascendientes, sean obligados ellos e sus herederos a traher a collacion e partición la dote e donación propter nuptias a las otras donaciones que obiesen recibido de aquel cuyos bienes vienen a heredar. [...] Es para se decir la tal dote inofficiosa se mire a lo que escede de su legítima, de tercio e quinto de mejoría, en caso que el que la dio podía hacer la dicha mejoría cuando fizo la dicha donación...». Ambas leyes forman parte de los precedentes del actual art. 825 del CC, que será analizado más adelante, por ser pertinente al análisis del art. 829 del CC. PACHECO, J. F., *Comentario Histórico, Crítico y Jurídico a las Leyes de Toro*, Tomo II, Ed. Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1862, págs. 17, 39 – 40 y 51; ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Toro, según Espíritu y el de la Legislación de España, en que se Tratan las Cuestiones Prácticas, Arreglando sus Decisiones a las Leyes y Resoluciones más Modernas que en el Día Rigen*, op. cit., págs. 160, 167 – 168 y 173 - 174. Véase, además, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», op. cit., págs. 90 – 92.

<sup>360</sup> «Los hijos o nietos del testador no pueden decir que quieren pagar en dinero el valor del tercio, ni del quinto de mejoría, que el testador oviere hecho a alguno de sus hijos, o nietos, o cuando mejorare en el quinto a otra persona alguna: sino que en las cosas que el testador oviere señalado la dicha mejoría del tercio y quinto, o cuando no le señaló en la parte de la hacienda que el testador dejare, sean obligados los herederos a se lo dar; salvo si la hacienda del testador fuere de tal cualidad, que no se pueda convenientemente dividir; que en este caso mandamos que puedan dar los herederos del testador al dicho mejorado o mejorados el valor del dicho tercio y quinto en dinero». ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Toro, según Espíritu y el de la Legislación de España, en que se Tratan las Cuestiones Prácticas, Arreglando sus Decisiones a las Leyes y Resoluciones más Modernas que en el Día Rigen*, op. cit., págs. 138 – 141, en esp. págs. 138 y 141; *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo VI, op. cit., pág. 560; DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desenvolvimiento en el Derecho Español...*, op. cit., págs. 179 – 184, esp. la pág. 180; SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>, op. cit., pág. 1012, nota 76, citando a Novísima Recopilación 1.4, Tit. VI. Lib. X; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 45, citando a la Novísima Rec., 1. 4, tit. VI. lib. 10 y 46 - 47; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», op. cit., pág. 918; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, op. cit., pág. 57; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La Legítima en el Código Civil*, op. cit., pág. 243, nota 386. Para revisar otros comentarios sobre la Ley XX de Toro, puede referirse a: PACHECO, J. F., *Comentario Histórico, Crítico y Jurídico a las Leyes de Toro*, Tomo I, op. cit., págs. 287 – 294, esp. la pág. 290 - 291; LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario, Crítico, Jurídico, Literal a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Tomo I, op. cit., págs. 360 - 376; NOLASCO DE LLANO, P., *Compendio de los Comentarios Extendidos por el Maestro Antonio Gómez á las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, op. cit., págs. 87 – 88.

igualmente aplicable si el testador hubiera asignado la cuota legal de mejora, sin haber señalado la cosa cierta que debía atribuirse. Es decir, bajo este supuesto, también, la mejora debía abonarse en bienes del caudal relicto y no en metálico. Solo se podía pagar al mejorado el valor del tercio y quinto de la mejora en dinero, si el bien objeto de la mejora era indivisible o desmerecería mucho si se dividía. Se entendió que esta posibilidad era facultativa de los herederos y no la imposición de una obligación para ellos. Esta norma favorecía que se alcanzara la eficacia de la aplicación del instituto de la mejora en cosa determinada, en la medida en que se exigía a los herederos que esta fuera abonada con el bien que hubiera elegido el testador. De este estatuto, a nuestro parecer con justa lógica, la doctrina infirió que mediante la figura jurídica de la mejora se podía incluir no solo una sino varias cosas determinadas, siempre que se respetara la limitación cuantitativa señalada.<sup>361</sup>

Para algún autor<sup>362</sup>, si la mejora no cumplía con los límites cuantitativos impuestos legalmente, que se extendía tanto al tercio y quinto como a la legítima estricta del mejorado, al realizarse un análisis conjunto de las Leyes XIX y XXVI<sup>363</sup> de Toro, se reducía *in natura*, a menos que la cosa fuera indivisible o desmereciera con la división, puesto que esta era la regla general aplicable para los casos de liberalidades inoficiosas. Otro sector doctrinal mantuvo el criterio de que los herederos no podían pagarle al mejorado la estimación del valor de la cosa en metálico, aunque esta no tuviera cómoda división, porque si se ha dado la entrega, el dominio sobre el objeto concreto pasó a este. Por lo cual, consideraban que si el valor del bien determinado y de incómoda división excedía del límite cuantitativo del tercio, el quinto y la parte de la legítima estricta correspondiente al mejorado, debía iniciarse un proceso de licitación donde se le diera preferencia al mejorado, por tener la mayor parte de la cosa, que debía satisfacer en dinero la parte de los demás. De no existir acuerdo, se mantendrían en comunidad hasta que esta se disolviera judicialmente.<sup>364</sup>

La regulación de la mejora en cosa cierta que se estructuró en las Leyes de Toro se incorporó, sin cambios sustanciales, en la Nueva Recopilación de 1567.<sup>365</sup> En términos

---

<sup>361</sup> Véase: SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, págs. 1012 y 1014; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 918.

<sup>362</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 918 - 919.

<sup>363</sup> Posibilidad que quedó, definitivamente, establecida en la Nueva Recopilación (Ley X, Título VI, Libro V) y la Novísima Recopilación (Ley X, Título VI, Libro X).

<sup>364</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 1, *op. cit.*, págs. 225 - 226; SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, pág. 1013.

<sup>365</sup> Compilación legal que se realiza por orden del Rey Felipe II para tratar de resolver la falta de seguridad jurídica que persistía porque había inconsistencia en la manera de entender las leyes y de interpretarlas

correlacionales, la Ley XIX de Toro pasó a ser la Ley III, Título VI, Libro V de la Nueva Recopilación. Mientras, la Ley XX de Toro corresponde a la Ley IV, Título VI, Libro V de la Nueva Recopilación. De este cuerpo legal se trasladaron a la Novísima Recopilación de 1805<sup>366</sup>, convirtiéndose, respectivamente, en las leyes III<sup>367</sup> y IV<sup>368</sup>, Título VI, Libro X.<sup>369</sup>

El proceso codificador del Código Civil de España tuvo varias etapas, por lo cual destacaremos aquellas más significativas y pertinentes a nuestro objeto de estudio. Como parte de esos intentos de codificación surgió el Proyecto de Código Civil de 1851<sup>370</sup>, que se

---

judicialmente. DÍAZ y MENDOZA, F. de P., «Introducción: Novísima Recopilación de las Leyes de España», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo VII, Ed. Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1850, págs. VI - VII. Véase, además, «Real Cédula: Sobre la Información y Autoridad de esta Novísima Recopilación de Leyes de España», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo VII, *ibíd.*, pág. XV.

<sup>366</sup> Fue realizada por el Rey Carlos IV. Su objetivo, aunque se considera que no se logró, era compilar en un solo documento todas las disposiciones legales que estaban dispersas; eliminar las inconsistencias existentes en los diferentes cuerpos legales para alcanzar la uniformidad; que se convirtiera en la norma general aplicable a todos los españoles. «Introducción: Novísima Recopilación de las Leyes de España», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo VII, *op. cit.*, pág. VIII. Para información adicional sobre este estatuto, puede revisarse: «Real Cédula: Sobre la Información y Autoridad de esta Novísima Recopilación de Leyes de España», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo VII, *op. cit.*, págs. XV - XIX.

<sup>367</sup> «El padre o la madre y abuelos, en vida o al tiempo de su muerte, pueden señalar en cierta cosa, o parte de su hacienda el tercio y quinto de mejora, en que lo haya el fijo, o hijo o nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montáre [sic] o valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte; pero mandamos, que esta facultad de lo poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no lo pueda el testador cometer a otra persona alguna». *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 30; *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo IX, Ed. Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1850, pág. 329.

<sup>368</sup> «Los hijos o nietos del testador no puedan decir, que quieren pagar en dinero el valor del tercio ni del quinto de mejora, que el testador hubiere fecho a alguno de sus fijos, o nietos, o cuando mejoráre [sic] en el quinto a otra persona alguna: sino que en las cosas que el testador hobiere [sic] señalado la dicha mejoría del tercio y quinto, o cuando no le señaló, en la parte de la hacienda que el testador dexáre [sic], sean obligados los herederos a se lo dar; salvo si la hacienda del testador fuere de tal calidad, que no se pueda convenientemente dividir, que en este caso mandamos, que puedan dar los herederos del testador al dicho mejorado o mejorados el valor del dicho tercio y quinto en dineros». *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 31; *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo IX, *op. cit.*, pág. 329.

<sup>369</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II *op. cit.*, pág. 1557; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, pág. 47; DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desarrollo en el Derecho Español...*, *op. cit.*, págs. 152, 192 - 197; ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *La Mejora en Favor de los Nietos*, *op. cit.*, pág. 32; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 57; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, pág. 1158.

<sup>370</sup> Los creadores de este proyecto fueron cuatro de los miembros de la Comisión General de Códigos, que se estableció a través del Real Decreto de 19 de agosto de 1843. Nos referimos a Florencio García Goyena, siendo este la figura más trascendental, Claudio Antón de Luzuriaga, Juan Bravo Murillo y José María Sánchez Puy. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Las “concordancias” de García Goyena y su Valor para la Interpretación del Código Civil», en *R.C.D.I.*, núm. 501, Marzo - Abril 1974, págs. 291 - 292, «Nota Preliminar», en *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, F. García Goyena (autor), Ed. Cometa, S. A., Zaragoza, 1974, pág. IV. Para adicional información sobre el proceso de desarrollo del Proyecto de CC de 1851, su influencia y críticas, véase GASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación Española*, Vol. I, Ed. Ministerio de Justicia - Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, págs. 151 - 295.



concibe como uno de los intentos más serios dirigidos a la consecución y aprobación de un Código Civil para España. En su art. 661<sup>371</sup>, tampoco, se efectuó una modificación sustancial en el régimen del instituto de la mejora en cosa determinada. Se mantiene el mismo enfoque contenido en las Leyes de Toro, específicamente, la Ley XIX, y en la Nueva y Novísima Recopilación. Solo se enfatiza, con mayor insistencia, en que la facultad de otorgar esta modalidad objetiva de la mejora en términos generales debe recaer exclusivamente en el testador, es decir, no es delegable.<sup>372</sup>

Posteriormente, el Anteproyecto del Código Civil de 1882-1888<sup>373</sup>, precedente primordial y más importante del vigente Código Civil de España de 1889, permitió, como cuestión novedosa, que la mejora de cosa determinada inoficiosa, por excederse del renglón definido por el precepto, se mantuviera y que su reducción fuera en términos valorativos y no *in natura*. Además, dispuso expresamente lo que doctrinalmente ya se había inferido, que el límite cuantitativo de la mejora en cosa cierta abarcaba el tercio de mejora, el de libre disposición y la porción de la legítima estricta que le fuera aplicable al mejorado. En específico, su art. 814 establecía: «El que hace la mejora podrá señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de ésta no exceda del tercio destinado a la mejora, de la cuota disponible y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, debiendo éste abonar a sus hermanos la diferencia, si la hubiere, en metálico o valores».<sup>374</sup> Bajo este artículo figuró, por primera vez,

---

<sup>371</sup> «El que hace la mejora puede señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de esta [sic] no exceda de la medida legal de aquella [sic]; pero no podrá cometer el señalamiento a otro alguno, ni aun al mismo mejorado. Lo determinado en este artículo comprende también [sic] la mejora del quinto hecha a favor de un extraño, y deja a salvo la facultad concedida en el artículo 900». GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, op. cit., pág. 356.

<sup>372</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II op. cit., pág. 1557; GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, op. cit., pág. 356; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», op. cit., pág. 919; DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desarrollo en el Derecho Español...*, op. cit., págs. 198 – 200, 206, 282; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 47 – 48.

<sup>373</sup> Fue el resultado del trabajo realizado por varios años. Se fundamentó, principalmente, en el Proyecto de Código Civil de 1851. Aunque, también, se sustentó en el Proyecto de 1882, en la medida en que su primer y segundo libro se incorporaron en el Anteproyecto. En general, su redacción fue responsabilidad de la Sección de lo Civil de la Comisión de Códigos. Siendo Manuel Alonso Martínez la figura clave en todo este proceso. Los trabajos del Anteproyecto finalizaron el 30 de abril de 1888. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882 – 1888)...*, op. cit., págs. 6 – 8, 11, 14 y 34. Para mayor detalle sobre el desarrollo, los antecedentes e importancia del Anteproyecto de Código Civil (1882-1888), pueden examinarse: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882 – 1888)...*, op. cit., págs. 5 – 85.

<sup>374</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882 – 1888)...*, op. cit., pág. 256; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer*, Tomo I, Vol. I, op. cit., págs. 225 – 226; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, op. cit., pág. 57.

la posibilidad de que el mejorado pagara la legítima de sus hermanos en metálico extrahereditario, ante una mejora en cosa cierta que resultara inoficiosa.<sup>375</sup>

Actualmente, la mejora en cosa determinada está regulada en el art. 829 del vigente Código Civil de 1889. Su texto está redactado en los siguientes términos: «La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados».<sup>376</sup>

Los cambios incorporados a este precepto, visto en relación con sus antecedentes históricos, son importantes. En cuanto al art. 814 del Anteproyecto del CC, es evidente que se mantiene la posibilidad de que la mejora en cosa determinada inoficiosa se reduzca en efectivo. Es decir, se preserva la preferencia por la reducción *ad valorem*, en lugar de la *in natura*. Se excluye, en cambio, la opción de nivelación con valores. Además, se establece que el tercio de mejora y la porción de la legítima estricta correspondiente al mejorado será el límite a partir del cual se deberá compensar en metálico. Algún autor considera, a nuestro parecer correctamente, que el legislador estableció ese límite, partiendo de la premisa de que el testador realizó disposiciones con cargo al tercio de libre disposición. De ahí que se cambiara la expresión «hermanos» por «demás interesados», ya que el tercio de libre

---

<sup>375</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, pág. 1012; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 919 – 920; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 48 y 182 - 183; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *op. cit.*, pág. 243, nota 386. Para conocer más sobre los antecedentes históricos de la mejora en cosa determinada pueden revisarse: LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 25 - 49; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», *op. cit.*, págs. 68 – 72; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 917 – 921.

<sup>376</sup> La A.P.D.C., en su propuesta de nuevo CC para España, suprime el texto del vigente art. 829 del CC. Aunque, las excepciones a que la legítima se pague en bienes relicto se integran en el art. 467-17 sugerido. En concreto, nos referimos a la posibilidad de que el heredero, sea legitimario o extraño, según se propone, abone la legítima de los conmutados en metálico extrahereditario, cumpliendo con las condiciones y plazos establecidos. También, en el formulado art. 467-16, como solución a la acción de reducción de donación inoficiosa, se sugiere que el donatario demandado pueda, en todo momento, abonar el exceso de lo percibido en efectivo no hereditario. Ambos preceptos propuestos, podría plantearse, integran, de cierta manera, el efecto práctico del actual art. 829 del CC. Véase: ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, «Exposición de Motivos», en *Propuesta de Código Civil*, *op. cit.*, pág. 193; GALICIA AIZPURUA, G., «Título VI. De las Sucesiones, Capítulo VII. De las Legítimas y Otros Límites a la Libertad de Disposición por Causa de Muerte, Sección 1<sup>a</sup>», en *Propuesta de Código Civil*, *op. cit.*, págs. 601 – 602; VV.AA., «Exposición de Motivos», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, *op. cit.*, pág. 23, «Artículo 467-16» y «Art. 467-17», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, *op. cit.*, págs. 94 - 95. En cuanto al CC de Puerto Rico de 1930, su art. 756 es exactamente igual al art. 829 del CC de España. No obstante, tal solución no se incorporó en el P. del S. 1710, a través del que se intentó, en el 2016, aprobar un nuevo CC para Puerto Rico. Ni en el aún vigente intento para lograrlo, el P. de la C. 1654, de 18 de junio de 2018. Esta exclusión, tal vez, tuvo que ver con el hecho de que en dichos proyectos se prescindió de la figura jurídica de la mejora. P. DEL S. 1710 de 25 de junio de 2016, *supra.*; Sustitutivo de la Cámara al P. de la C. 1654, de 30 de enero de 2019, *supra.*; 31 L.P.R.A. (LEYES DE PUERTO RICO ANOTADAS) sec. 2396 (2016); GUZMÁN, R. A., *Código Civil de Puerto Rico*, *op. cit.*, pág. 132.

disposición puede asignarse a cualquier persona, sea o no hermano del mejorado. No obstante, si este supuesto no se da, tanto porque el testador lo hubiera dispuesto expresamente como si no lo hubiera hecho, la mejora en cosa determinada podrá imputarse, además de a la porción legal establecida, al tercio de libre disposición.<sup>377</sup> Este asunto se tratará con mayor detalle en el apartado E de esta sección.

Respecto a la Ley XIX de Toro, desapareció la concesión de asignar en una cosa cierta o parte de la hacienda el tercio y quinto de mejora. Ahora, el art. 829 del CC viabiliza señalar en un bien determinado la institución misma de la mejora y no una proporción de esta. Este suceso ha significado la desvinculación institucional de la mejora, siendo su ventaja la cosa misma, de la noción de cuota. En otras palabras, la separación de la institución jurídica de la mejora en cosa determinada y la figura de la mejora en cuota. Implica que hoy día, el criterio esencial en el otorgamiento de una mejora en cosa cierta es el señalamiento del bien concreto y no la fijación de una cuota.<sup>378</sup>

Es evidente que el legislador se ha inclinado por mantener la supresión de la exigencia de que la cosa cierta objeto de la mejora tuviera que cumplir con un límite cuantitativo para que fuera enteramente válida. Esto implica que ya no existe correlación alguna entre el aspecto cualitativo del bien señalado como mejora y el cuantitativo que caracteriza a la institución de la mejora en términos generales. Ahora una mejora en cosa cierta inoficiosa, claramente, puede subsistir si el mejorado cumple con abonar la legítima de los no mejorados en efectivo no hereditario. Prevalece, así, la mejora cualitativa, lo que resulta en la protección de la voluntad del causante y el mantenimiento de la integridad del bien, sobre consideraciones cuantitativas. Aquí el límite cuantitativo no determina la naturaleza o cualidad del bien que tiene que ser objeto de mejora. Solo, en cierta manera, define su valor máximo para que no se convierta en una mejora inoficiosa y, aun así, persiste si se cumple con la provisión en metálico de la parte de los conmutados. En definitiva, no existe necesidad alguna de conectar la cualidad del bien con su valor.

Contrario a la Ley XX de Toro que permitía que los herederos le pagaran en dinero al mejorado, si la cosa cierta objeto de mejora era indivisible, el art. 829 del CC traslada esta facultad al mejorado. Este podrá quedarse siempre con la totalidad del bien determinado, a pesar de que exceda del límite cuantitativo, si paga la porción legal de los no mejorados en dinero extrahereditario. Es evidente que ha habido un cambio de perspectiva en torno a la

---

<sup>377</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 920 - 921.

<sup>378</sup> Véase, LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, pág. 48.

posición del mejorado desde las Leyes de Toro al Código Civil. Bajo la Ley XX de Toro, el mejorado podía quedarse sin la totalidad o parte de la cosa cierta ante dos sucesos: (1) si se excedía del límite cuantitativo, y el objeto no era de incómoda o difícil división, se reducía *in natura* la porción inoficiosa; (2) si, al contrario, el bien era indivisible, los herederos se quedaban con este y le pagaban al mejorado el tercio y quinto de la mejora en efectivo. En cambio, en el art. 829 del CC, el mejorado podrá quedarse con la cosa cierta, aunque exceda o no del límite cuantitativo. Es más, se parte de la presunción de que, ordinariamente podría excederse, por lo cual, se establece la solución de que el mejorado pague el exceso en metálico extrahereditario, para así proteger los derechos de los demás interesados no mejorados. En el Código Civil, igual que en las Leyes de Toro, se mantiene el interés de proteger la integridad del bien objeto de mejora, si este es indivisible o de incómoda división, pero dándole mayor fuerza y valía a la voluntad del testador, que es que el mejorado se quede con el bien objeto de mejora.<sup>379</sup>

## **B. Conceptualización jurídica de la mejora en cosa determinada**

Mayoritariamente, la doctrina considera que esta modalidad específica de mejora, igual que la mejora en general, puede ser producto de un acto *intervivos*, ordenado a través de un título particular de donación, o mediante uno *mortis causa*, que se viabiliza ya sea haciéndose la atribución a título particular de legado o prelegado o a título de herencia, por virtud de una institución de heredero de cosa cierta (*ex re certa*).<sup>380</sup> Sobre la posibilidad de que la mejora testamentaria en cosa determinada pueda atribuirse a título de herencia, es decir, mediante la forma jurídica de la institución de heredero, hay quien ha entendido que esta opción, también, se puede materializar si la adjudicación se realiza con fines particionales. Más concretamente, ante una mejora de cuota ordenada a título de institución con señalamiento de cosa determinada para su pago o el supuesto de que el testador le adjudique a un heredero

---

<sup>379</sup> Véase: LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 48 - 49.

<sup>380</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 377; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral: Tomo II*, *op. cit.*, pág. 1573; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 6163; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 812, 819, nota 166, y 926 – 928, aunque por su parte la institución *ex re certa* solo sería viable mediante la partición testamentaria; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 63; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I., *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, *op. cit.*, págs. 920 y 921; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2ª edición, Navarra, 2016, pág. 430; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», en *R.J.N.*, núm. 50, Abril – Junio 2004, pág. 114.

forzoso su cuota hereditaria, en concepto de mejora, con la asignación de bienes concretos para su abono y la expresa salvedad de que el heredero haga suyos los bienes, a pesar de que el valor de la cosa cierta exceda el límite de la cuota. Bajo estas hipótesis, que se discutirán en detalle más adelante en este apartado, la cuota que se otorga al mejorado es la médula de la disposición testamentaria y la cosa determinada, al no tener efecto dispositivo directo, sino más bien ser un complemento de esta, solo implica una asignación particional simple. No se trata de una partición testamentaria en su sentido estricto, solo es una simple norma particional que dicta el testador para que cuando se efectúe la partición de su herencia la cosa cierta le sea asignada al mejorado.<sup>381</sup>

Contrariamente, algún autor<sup>382</sup> opina que la ventaja de la mejora en cosa determinada se atribuye a título particular, mediante legado o pre-legado. Su criterio lo fundamenta tanto en si el causante al otorgarla no designa al mejorado como heredero o legatario y solo se limita a manifestar su voluntad de mejorar, como si el testador le confirió el título de heredero al mejorado en cosa cierta. En cuanto a este último aspecto, luego de analizar la evolución histórica del instituto *ex re certa* y considerar que a través del tiempo el *heres ex re* se equiparó al legatario, argumenta que es irrelevante el título designado por el testador, pues lo que verdaderamente importa es la atribución. A tales efectos, es su criterio que la institución de heredero en cosa cierta es inconcebible en el Derecho civil moderno, conclusión que justifica en el art. 768 del CC que dispone «[e]l heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario».

Coincidimos con la tendencia doctrinal mayoritaria que sostiene que la mejora en cosa cierta puede lo mismo proceder de una donación, un legado o, incluso, de una institución de heredero en cosa cierta. Fundamentamos nuestro criterio en el contenido de los arts. 828, 825 y 768 del CC. El primer precepto establece que los legados otorgados por el testador a sus hijos o descendientes pueden reputarse mejora siempre que esa voluntad se desvele expresamente de su testamento o si dicha concesión no cabe en la porción de libre disposición. En términos similares, la segunda norma hace viable que se reconozca como mejora aquella donación realizada por el donante a sus hijos o descendientes legitimarios si así este lo declaró expresamente. La lógica de acudir a estos dos primeros preceptos se justifica en el hecho de que la mejora en cosa determinada, además, de que tiene su propia

---

<sup>381</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 812, 821, 926 – 927.

<sup>382</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 52 – 55 y 57.

particularidad y naturaleza, no deja de ser mejora, en términos generales, y debe absorber el carácter típico de esta institución jurídica.

El tercer artículo dispone que se considerará como legatario a aquella persona que el testador hubiera instituido como heredero en cosa cierta y determinada. Esta norma desvela el criterio general de que ante esta clase de asignación se debe entender como error el título en el que se instituyó al beneficiado. Es decir, debe prevalecer el contenido de la disposición por encima del nombre técnico asignado al sucesor. Más aún, cuando el supuesto de hecho en el que se basa el texto de este precepto puede resultar un tanto contradictorio con la teoría sobre los modos de suceder, contenida en el art. 660 del CC, en la que se considera heredero a aquel que sucede a título universal y legatario al que lo hace a título particular.

Sin embargo, se ha entendido que este texto no constituye una norma imperativa, sino, más bien, una interpretativa de la voluntad del testador cuando el contenido de la cláusula testamentaria sea difuso. Por eso, es preciso indagar, dentro del marco particular de cada caso concreto, cuál era la voluntad del testador al efectuar este tipo de atribución conjuntamente con la institución del título de heredero, según se establece en los arts. 668 y 675 del CC. Ya que es perfectamente posible que a pesar de la asignación de una cosa concreta, el testador quiera que la persona favorecida sea heredero en su herencia. Tal apreciación puede prevalecer, y así derrotarse la presunción *iuris tantum*<sup>383</sup> favorable a la sucesión como legatario del instituido como heredero en un bien específico, si se prueba alguno de los siguientes contextos: (1) que el testador deseaba que el instituido colaborara en el pago de las deudas; (2) que al atribuir el bien específico creía que este representaba la totalidad de su patrimonio; (3) que la atribución la hizo en calidad de cuota de su caudal hereditario y como partición ordenada por él; (4) que, efectivamente, el objeto asignado constituía toda la herencia del causante.<sup>384</sup> Incluso, se ha entendido que el Código Civil confirma la admisibilidad de esta variedad de sucesión universal a través de las atribuciones particionales realizadas por el testador, en base al art. 1056 del CC, y la institución de

---

<sup>383</sup> A *contrario sensu*, el art. 768 del CC, además, desvela, como norma de interpretación correlativa a la institución *ex re certa*, la presunción deducida de que debe denominarse como heredero a la persona que es llamada a una parte alícuota de la herencia. Presunción que tendrá mayor fuerza si se trata «...de un legado de la totalidad de la herencia o de todos los bienes del causante, o cuando los legados de cuota agoten el caudal hereditario, sin haber el causante designado heredero». LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 34.

<sup>384</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 33. Véase, además, SAP de A Coruña, núm. 60, de 23 de marzo de 2004, Sección 4ª, (AC 2004/1866).

heredero en una parte cuantitativa concreta que convierta a cada uno de ellos en dueños de un cuerpo de bienes separados, por virtud del art. 983 del CC.<sup>385</sup>

Para que se materialice correctamente este instituto, como regla general, la disposición testamentaria debe aludir concreta y específicamente a una cosa cierta. Ya que si el objeto del acto dispositivo es una cuota del caudal hereditario no estaríamos ante una mejora en cosa determinada sino más bien ante una mejora en cuota. Sin embargo, como toda regla general, esta también tiene sus excepciones que se hacen patentes cuando ambas clasificaciones de mejoras al confluir crean figuras híbridas, tales como la mejora de cosa cierta ordenada con indicación de cuota y la mejora de cuota establecida con un objeto determinado para su pago. Precisamente, la interrelación entre ambas formas de mejoras ha llevado a la doctrina a tratar de definir qué constituye una verdadera mejora en cosa determinada a la que se deba aplicar los requisitos del art. 829 del CC. Objetivo que ha originado una disparidad de criterios.

En la tarea de conceptualizar la mejora en cosa cierta, algún autor<sup>386</sup> se ha centrado en estudiar y distinguir cuatro clasificaciones o modalidades en las que un bien específico puede ser objeto de mejora. Primero, la mejora en cosa pura, sin alusión alguna a partes alícuotas de la herencia, como objeto del acto dispositivo. Su ventaja cuantitativa se fija en el valor de la cosa simple y pura, mientras la cualitativa consiste en la esencia o forma misma del bien concreto. Segundo, la mejora en cosa determinada con asignación de una cuota, donde tanto el bien determinado como la cuota integran la disposición testamentaria. Ambos elementos son limitativos y condicionantes directos e inmediatos de la trascendencia de la mejora. Esta realidad implica que, aunque siempre el beneficiado con la mejora va a quedarse con la totalidad de la cosa, si el valor del bien concreto objeto de la mejora excede al de la cuota, el mejorado deberá suplementar esta diferencia en metálico para satisfacer la parte correspondiente a los demás interesados. A la inversa, si el valor de la cuota es mayor que el de la cosa cierta, no procederá su complemento con otros bienes de la herencia porque el hecho de que esta sea parte esencial del acto dispositivo de la mejora, es decir, *substantia solutio*, sugiere que el testador solo le quiso dejar al mejorado el bien consignado y no cualquier otro de los restantes que integran su caudal. Claro esta, siempre que el testador no manifieste una voluntad contraria, puesto que de ser así prevalecerá su disposición.

---

<sup>385</sup> Véase, también, a ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Artículo 768 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S. A. U., 1ª edición, Valladolid, 2010, pág. 878; GALICIA AIZPURUA, G., «Artículo 768», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 5680 - 5682; STS núm. 191 de 9 de marzo de 1993, Sala Civil, (RJ 1993/2053).

<sup>386</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 12 – 22, 191 – 195.

Tercero, la mejora en cuota del caudal hereditario con asignación de cosa que puede concretizarse en cualquiera de las siguientes dos variedades. Una en la que la cuota solo es parte de la disposición del testador en que consiste la mejora y la cosa cierta se menciona en la partición parcial que resulta ser complementaria y accesoria de aquella. Mediante esta variante, la atribución de la cosa determinada es meramente obligacional, suceso que evidencia que el bien concreto solo tiene una función de mero cumplimiento y afección al abono de la mejora en cuota. Es decir, viene a ser la ejecución posterior de la otorgada mejora en cuota. Otra en la que tanto la mención de la cuota como la orden del testador de atribuir la cosa o cosas ciertas son partes directas del negocio dispositivo de la mejora. Esta variante se ha considerado parecida a la segunda modalidad, mejora en cosa con asignación de cuota, previamente discutida. Cuarto, la denominada mejora en una suma de dinero a satisfacer en cosa determinada. Bajo esta modalidad, la cosa cierta no es parte del acto dispositivo de la mejora ordenada en cantidad, sino que su adjudicación se hace más bien en abono de esta. En otras palabras, la mención del objeto concreto constituye una orden de adjudicación ulterior o accesoria que informa de dónde se habrá de cobrar la mejora de suma o cantidad.

De estas cuatro clasificaciones, para este autor<sup>387</sup> son mejoras en cosa determinada, en su sentido estricto y puro, aquellas en las que la cosa cierta es *substantia dispositionis*, es decir, en las que el bien determinado está presente en el negocio dispositivo de la mejora. En concreto, se refiere a: (1) la mejora en cosa pura y simple; (2) la mejora en cosa determinada con asignación de una cuota y (3) la mejora en cuota con asignación de cosa, específicamente, su variante en la que el señalamiento de la cosa cierta es parte integral del otorgamiento de la mejora. Las restantes modalidades, anteriormente discutidas, no son catalogadas como tal porque la referencia a la entidad cierta es mera *solutio dispositionis*. Lo que significa que el objeto determinado no constituye la esencia o núcleo de la disposición testamentaria de la mejora, sino un negocio funcionalmente supeditado al de esta o, lo que es lo mismo, el medio para cumplir o realizar materialmente su pago.

Este autor<sup>388</sup> justifica su conclusión en que el texto del art. 829 del CC no se refiere expresamente a las mejoras en cuota con señalamiento de una cosa cierta para su cumplimiento, es decir, a los bienes determinados asignados como *solutio dispositionis* de una mejora dispuesta en cuota, sino más bien a las mejoras en las que la cosa es *substantia*

---

<sup>387</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 19, 22 – 23, 191 – 195.

<sup>388</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 109 – 116, 117 y 122.



*dispositionis*. Por un lado, considera que la primera oración del art. 829 del CC, que alude a que la mejora podrá disponerse en cosa cierta, sirve como nota aclaratoria expresa, dentro de una reglamentación general que valida la mejora en cuota, de que, también, es posible que el testador ordene una mejora en cosa determinada.<sup>389</sup> A su entender, el lenguaje utilizado por el legislador sugiere que el bien concreto debe concebirse como parte integral de la disposición testamentaria de la mejora y no como la forma de cumplir o abonar una mejora ordenada en cuota. El señalamiento de la mejora en una cosa determinada no solo implica distinguir esta del resto de los bienes del causante, sino, además, convertirla en el objeto negocial del acto dispositivo de la mejora, que es igual a decir que es el contenido y la expresión de esta y no meramente una asignación particional posterior al negocio jurídico de disposición de la mejora. De ahí que sea su parecer que el concepto estricto y riguroso de la mejora en cosa determinada solo se puede manifestar cuando el objeto concreto sea parte de la disposición, con independencia de su valor, y no una orden sobre el modo de satisfacer la misma.

Por otro lado, este mismo autor opina<sup>390</sup> que el hecho de que en la segunda oración del art. 829 del CC se omita el supuesto de que la cosa tenga un valor inferior al de la cuota que se establezca como mejora es indicativo de que el propósito de este precepto era que el bien concreto fuera *substantia dispositionis* y no *solutio dispositionis* del acto dispositivo de la mejora. Si el legislador hubiera querido que la cosa fuera el mecanismo de pago de una mejora en cuota, hubiera aclarado que la consecuencia de que esta fuera menor que el valor de la cuota sería que la misma debía ser complementada con dinero u otros bienes hereditarios. Como esta no era su intención, entonces, contemplar tal supuesto era innecesario, ya que siendo la cosa cierta *substantia dispositionis* es irrelevante su valor, es decir, que esta valga más o menos que el tope de la cuota.

A pesar de lo argumentado, es el parecer de este autor<sup>391</sup> que no es contradictorio afirmar que a la mejora en cuota con asignación de cosa cierta para su ejecución, cuyo contenido no está delimitado por la cosa, ya que esta solo se integra al acto dispositivo por ser *solutio dispositionis*, pudiera también aplicarle el art. 829 del CC, si se efectúa una interpretación extensiva y finalista del mismo. Aclara, sin embargo, que esta opinión la

---

<sup>389</sup> Su criterio lo apoya en SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente y Totalmente Revisado y Puesto al Día*, tomo XIV, *op. cit.*, págs. 580 – 581, que desde muchos años antes sostenía que el objetivo del art. 829 del CC era definir otra modalidad de mejora.

<sup>390</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 117 - 118.

<sup>391</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 117, 119 – 122, 195 - 196.

asume únicamente en relación a la circunstancia en que el valor del bien concreto exceda al de la cuota, supuesto en el que el mejorado deberá abonar esa diferencia en metálico, a favor de los demás interesados. Pues considera que de darse la situación a la inversa, no estaríamos ante una mejora híbrida, sino, más bien, ante una mejora de cuota. Suceso que provocará que la cuota sea complementada con otros bienes hereditarios, en beneficio del mejorado. Este autor apoya su perspectiva, entre otras cosas, en los precedentes históricos de la institución de la mejora en cosa determinada. En concreto, en la parte del texto de la Ley XIX de Toro que disponía que se podía «...señalar en cierta cosa o parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría...». Para este autor, tal expresión es indicativa de que dentro del régimen de la mejora en cosa cierta es posible incluir, además, aquella modalidad de mejora en la que la cosa asignada actúe como *solutio dispositionis*. Es su criterio que es irrelevante que el texto del art. 829 del CC, por no ser similar al de la Ley XIX de Toro, no haya permitido expresamente esta clase de mejora, pues tal circunstancia no implica que se le haya excluido de su aplicación. Según su parecer, lo que resulta significativo es que este precepto vino a sustituir a la mencionada Ley de Toro, asimilando en cierta medida su espíritu, y que tanto en el régimen de estas leyes como en el vigente del CC, por virtud de las reglas generales del sistema sucesorio, y en específico mediante la figura de la partición realizada por el testador, era posible señalar una cosa en abono de la mejora en cuota. Siendo así, visualiza como lógico que esta modalidad se contemple, en términos particulares, como una más de las mejoras en cosa determinada que tienen cabida en el art. 829 del CC. Máxime, al ser este el único precepto que atiende esta materia y por tratarse de la distribución y atribución de bienes dentro del régimen jurídico propio y especial de la mejora.

Otros autores<sup>392</sup> comparten el juicio de que el art. 829 del CC se aplica tanto a la mejora en cosa cierta con o sin señalamiento de cuota como a la mejora de cuota con

---

<sup>392</sup> Por un lado, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, *op. cit.*, págs. 502 – 504, argumenta que de tratarse de una mejora de cuota con asignación de cosa cierta donde el valor de la cosa no cubra la cuota, esta deberá completarse con otros bienes hereditarios. Si, por el contrario, el valor de la cosa excede al de la cuota, el mejorado deberá proceder a pagar el exceso en metálico, si la cosa no admite cómoda división. Sin embargo, si estamos ante una mejora de cosa cierta con señalamiento de cuota en la que la cosa exceda el valor de la cuota, dicho exceso deberá compensarse en dinero. Inversamente, si la cosa no cubre la cuota, el bien concreto se tomará como pago de la mejora. No será necesario completar la cuota porque se señaló como límite y no como sustancia de la mejora. Por otro lado, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, págs. 1165 – 1166, aclara que para analizar una mejora de cosa cierta con asignación de cuota y una mejora de cuota con señalamiento de cosa para su pago hay que tomar en consideración dos circunstancias. Primero, si la cosa excede o no cubre la cuota. Si la cosa determinada excede el límite de la cuota se considera inoficiosa y su exceso se debe imputar a la parte de la legítima correspondiente al mejorado. Circunstancia que se puede cualificar como una mejora de cosa cierta con asignación de cuota o una mejora de cuota con señalamiento de cosa para su pago. Segundo, si la cosa no alcanza la totalidad de la cuota se debe determinar si, en el acto dispositivo de la mejora, el testador mencionó primero a la cuota o la cosa. Si nombró primero la cosa, la mejora se estimará pagada aunque el bien no cubra la cuota. Alternativa que podría calificarse como una mejora en cosa cierta con asignación de cuota. No

asignación de cosa determinada para su abono. Aunque en cuanto a esta última modalidad, y distinto al anterior estudioso, hacen extensivo también su análisis al supuesto en el que el valor de la cosa no alcance a cubrir la totalidad de la cuota. Otro sector doctrinal, a pesar de que coincide con este amplio criterio, entiende que la mejora en cosa determinada se refiere solo a la mejora de cosa cierta con señalamiento de cuota y a la mejora de cuota con asignación de cosa cierta.<sup>393</sup> Al distinguir estas dos modalidades de mejora, se ha comentado que mientras en la primera la cuota actúa como límite mínimo y máximo, en la segunda solo constituye su límite máximo. Este último análisis sustentado en la concepción limitada del término mejora, asumida recientemente por el CC, que sugiere que cuando se ordena una mejora de cosa determinada con cargo al segundo tercio se debe presumir que el testador ha querido que dicho tercio no solo funcione como ámbito de imputación preferente sino, también, como tope de la mejora. No obstante, se hace la aclaración de que la sola expresión de la palabra mejora no implica la determinación de la cuota en el segundo tercio como límite máximo de la liberalidad. El Código Civil no utiliza siempre el término mejora en su acepción más limitada, por lo que tal criterio extensivo debe también ser aplicado al art. 829 del CC.<sup>394</sup>

Existe, por otro lado, el criterio de que el art. 829 del CC integra a la mejora en cosa cierta sin señalamiento de cuota y a la mejora en cosa determinada con asignación de una cuota de herencia. Bajo ambos contextos, donde se mejora con un bien concreto considerado en sí mismo, se entiende que valdrá por completo el acto dispositivo de la mejora, aunque si el valor de la cosa excede al tope de la cuota, el mejorado deberá cubrir esa diferencia

---

obstante, si había nombrado primero a la cuota, la diferencia debía serle compensada al mejorado con otros bienes hereditarios. Opción que podría clasificarse como una mejora ordenada en cuota con señalamiento de cosa determinada para su cumplimiento. Véase, además, CAMARA LAPUENTE S., «Artículo 829» en *Código Civil Comentado: Libro III De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad (Arts. 609 – 1087)*, (dirs.) A. Cañizares Lazo, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, volumen II, Ed. Aranzadi, S. A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 901 – 902; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 80.

<sup>393</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 380, «Apuntes de Derecho Sucesorio III: Atribución de la Legítima por Actos Intervivos (Conclusión)», en *A.D.C.*, fascículo 2, 1955, pág. 353; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 64; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 914 – 916 y 924, nota 290. Véase, además, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral: Tomo II*, *op. cit.*, págs. 1574 – 1575, nota 5; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I., *op. cit.*, pág. 922; GARCÍAS DE ESPAÑA, E., *op. cit.*, pág. 852.

<sup>394</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 380, «Apuntes de Derecho Sucesorio III: Atribución de la Legítima por Actos Intervivos (Conclusión)», *op. cit.*, págs. 353 - 354. Véase, también, a RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral: Tomo II*, *op. cit.*, págs. 1574 – 1575, nota 5.

abonándole a los demás interesados su parte en efectivo.<sup>395</sup> Cierta autor<sup>396</sup>, por su parte, se limita a indicar que el propósito del art. 829 del CC es permitir que las mejoras puedan recaer en cosas específicas. A causa de esta visión no entra a cuestionarse si este precepto debe aplicarse ante el supuesto en el que, además, haya una asignación de cuota.

Otro estudioso<sup>397</sup>, en cambio, sostiene que el art. 829 del CC se refiere a la mejora de cuota con asignación de cosa determinada para su compensación. Clasificación esta en la que lo central es la cuota y no el objeto específico. Significa que si el valor de la cosa excediera del límite de la cuota, el mejorado deberá pagar en metálico extrahereditario la porción de los demás beneficiados en la herencia. Por el contrario, si el valor de la cosa es menor que el tope de la cuota, sustentándose tanto en el derecho precedente como en el análisis a *sensu contrario* del art. 829 del CC, opina que el mejorado tendrá derecho a que se le compense la diferencia, ya sea con dinero u otros bienes del caudal relicto.

Al efectuar una interpretación literal y, principalmente, teleológica del art. 829 del CC, es nuestro parecer que en este precepto se contemplan tres supuestos de mejora en cosa determinada. Estos son: (1) la mejora simple de bienes determinados, (2) la mejora de cosa cierta con señalamiento de cuota y (3) la mejora de cuota con asignación de bien concreto para su cumplimiento.<sup>398</sup> Fundamentamos nuestro criterio en varias consideraciones. Primero, a través de este artículo, el legislador posibilitó que una cosa cierta pudiera ser objeto de mejora, una opción diferente a la norma general de que la mejora se ordenara en cuota. En ese sentido, siempre que un bien específico sea parte de la disposición testamentaria de mejora, ya sea como núcleo del acto dispositivo o en pago de una mejora dispuesta en cuota, estaremos ante una de las modalidades de mejora en cosa determinada. Ya que entendemos que el art. 832 del CC, de acuerdo con su tenor literal, solo aplica a aquella mejora que recaiga exclusivamente en una cuota.

---

<sup>395</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora, op. cit.*, pág. 119. Para este autor, la mejora en cuota con asignación de cosa cierta para su pago es realmente una mejora de cuota y no una modalidad de la mejora en cosa determinada. De ahí que si la cosa asignada no es representativa del total de la cuota, se pasará por ella siempre que no se afecte la legítima. A menos que de la voluntad del testador se desvele su intención de que se revise la mejora si la cosa asignada no se ajusta al valor de la cuota. ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora, op. cit.*, pág. 118 y nota 1.

<sup>396</sup> SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente y Totalmente Revisado y Puesto al Día*, tomo XIV, *op. cit.*, págs. 580 – 581.

<sup>397</sup> VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, *op. cit.*, págs. 290 – 291.

<sup>398</sup> El lenguaje utilizado por el testador en su testamento será medular para determinar qué tipo de mejora en cosa determinada ordenó.

Segundo, todas las mencionadas variedades de mejoras en cosa cierta están limitadas cuantitativamente por una cuota, ya fuera esta establecida legalmente, mediante el texto del art. 829 del CC, o por la voluntad del testador. Tercero, aunque el art. 829 del CC no permite expresamente la mejora en cuota con asignación de cosa cierta para su abono, este silencio no implica su exclusión de la aplicación de este precepto. Más bien, que no se haya eliminado explícitamente esta posibilidad podría significar que la incluye como una de las opciones de mejora en cosa cierta, considerando que de todas formas la mejora consiste en bienes determinados seleccionados por el testador, sin importar que el mejorado los vaya a recibir en función de la compensación de una cuota hereditaria. Además, en los antecedentes históricos del art. 829 del CC encontramos la justificación de que la mejora en cuota con asignación de cosa cierta para su abono sea uno de los supuestos inherentes a la institución de la mejora de cosa determinada. Por ejemplo, en la Ley 213 de las Leyes de Estilo ya se permitía que el padre le otorgara a sus hijos el «...tercio de mejoría en una cosa...»<sup>399</sup> concreta. Posibilidad que se mantuvo, con un lenguaje similar, en la Ley XIX de las Leyes de Toro al expresar que «[e]l padre y la madre y abuelos [...] pueden señalar en cierta cosa o parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría...»<sup>400</sup>. Incluso, en la Ley XX de las Leyes de Toro se evidencia que a través de una modalidad híbrida de mejora en cosa determinada, el bien concreto puede estar sujeto a una norma particional ordenada por el testador. Razonamiento que surge de la obligación que se le impone a los herederos de pagarle al mejorado el valor del tercio y quinto de mejoría en las cosas señaladas por el testador. Esencia que en ese momento histórico fue validada por la doctrina, con expresiones tales como «[e]sta Ley [...] nos dice que [a] favor de los hijos y descendientes pueden no s[o]lo hacer la dicha mejora de tercio y quinto, sino tambi[é]n señalarlas en ciertas y determinadas cosas...»<sup>401</sup>. De ahí que sostengamos que en el espíritu de esta institución también se encuentra esta modalidad híbrida de mejora en cosa determinada.

---

<sup>399</sup> «Leyes del Estilo», en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 319; «Leyes del Estilo», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 335.

<sup>400</sup> PACHECO, J. F., *Comentario Histórico, Crítico y Jurídico a las Leyes de Toro*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 278; LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario, Crítico, Jurídico, Literal a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 346; NOLASCO DE LLANO, P., *Compendio de los Comentarios Extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, *op. cit.*, pág. 86.

<sup>401</sup> ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Toro, según Espíritu y el de la Legislación de España, en que se Tratan las Cuestiones Prácticas, Arreglando sus Decisiones a las Leyes y Resoluciones más Modernas que en el Día Rigen*, *op. cit.*, pág. 134. En contra de esta perspectiva, por entender que la mejora en cuota con señalamiento de cosa cierta para su pago es realmente una mejora de cuota y no una modalidad de mejora en cosa determinada, LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario, Crítico, Jurídico, Literal a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 353.

Cuarto, es presumible que la voluntad del testador al otorgar cualquiera de las modalidades de mejora en cosa cierta era excluir la reducción *in natura* del bien concreto, señalado como esencia o complemento del acto dispositivo de la mejora, y favorecer que esta se efectuara *ad valorem*. Objetivo que evidentemente se pretenden alcanzar a través del art. 829 del CC. Quinto, es irrelevante que el bien determinado sea parte del contenido esencial de la disposición testamentaria de la mejora o simplemente complementario a esta, al servir solo para abonar el valor de la cuota. Lo medular es la voluntad del testador al otorgar este tipo de mejora testamentaria específica. Si el testador otorga al mejorado una cosa cierta, ya sea que esta forme parte del acto dispositivo o que la adjudicación sea con fines particionales, se debe inferir que es su deseo que ese bien concreto permanezca íntegramente en poder del mejorado. Propósito que se alcanza mediante cualquiera de las mencionadas clasificaciones de mejoras testamentarias en cosa determinada.

La ley le confiere al testador discrecionalidad dispositiva para asignar una cosa determinada en concepto de mejora. El bien concreto, en ocasiones, y en referencia específica al supuesto de la mejora en cosa determinada con o sin señalamiento de cuota, será el núcleo de la disposición testamentaria de la mejora y otras veces, en concreto, ante una mejora de cuota con asignación de cosa cierta para su cumplimiento, su adjudicación será con fines particionales. El límite al ejercicio de esta discrecionalidad se establece mediante una cuota legal o voluntaria, que aunque forme parte del acto dispositivo, como se da en el caso de una mejora de cosa cierta con asignación de cuota o ante una mejora de cuota con señalamiento de un bien determinado para su abono, su aplicación resulta ser funcional. Significa que bajo cualquiera de las tres modalidades de mejora en cosa determinada, el mejorado se va a quedar con la integridad del bien, es decir, con su mejora cualitativa, aunque su valor exceda el límite de la cuota y sin importar que la cosa cierta haya sido o no objeto de la disposición testamentaria.

El ámbito de posibilidad dispositiva está establecido legalmente por el art. 829 del CC, que incluye el tercio de mejora y la parte de la legítima correspondiente al mejorado, aunque, como se abordará más adelante, se entienda que, incluso, podría abarcar el tercio de libre disposición, o puede ser definido y establecido voluntariamente por el testador. La función de la cuota es asegurarse de que los derechos de los no mejorados no se vean afectados por el ejercicio de la discrecionalidad dispositiva cualitativa del testador. De ahí la imposición de que el mejorado abone la parte de los demás interesados en metálico extrahereditario, si el valor de la cosa cierta objeto de la mejora se excede del límite de la cuota. Todo porque el efecto funcional de la cuota es reducir en términos valorativos y no *in natura* el exceso del

valor de la mejora en cosa cierta en relación con el límite cuantitativo impuesto por esta. En ese sentido, coincidimos con cierto autor que sostiene que el instituto de la mejora en cosa determinada cumple una función dual, por un lado, proteger la disposición cualitativa del testador, o lo que es lo mismo, que el mejorado mantenga íntegramente el bien asignado, y, por otro lado, que no se afecten los derechos cuantitativos de los demás interesados.<sup>402</sup>

Destacar, además, que si la cosa cierta es *substantia dispositionis* y su valor no cubre completamente el tope de la cuota, esta se considerará suficiente para satisfacer la mejora. Por el contrario, si el bien determinado es *solutio dispositionis* y no llena completamente la cuota que es *substantia dispositionis*, contexto que se materializa ante una mejora de cuota con asignación de cosa cierta para su ejecución, además de corresponderle al mejorado la cosa cierta, este podrá exigir que se le abone la diferencia en otros bienes hereditarios. A esta conclusión llegamos al analizar en sentido contrario el art. 829 del CC y luego de examinar diversos análisis doctrinales que se han realizado a los precedentes de este precepto, por ejemplo los relacionados con la Ley XIX de las Leyes de Toro, respecto a la cual se ha comentado que si el testador mejora a uno de sus hijos en el tercio de sus bienes y señala ciertas cosas para su satisfacción y estas no llegan a cubrir la totalidad de la cuota, la misma deberá completársele al mejorado con otros bienes del caudal.<sup>403</sup>

### C. Elementos personales a los que impacta esta normativa

El art. 823 del CC establece como regla general que la facultad de mejorar, es decir, de instituir a un hijo o descendiente en la mejora, recae en el testador ascendiente. Potestad que no solo se ratifica en el art. 830 del CC, sin distinguir si se refiere a la mejora que se ordena en cuota o a la mejora ordenada en cosa determinada, generalidad que hace inclusiva a ambas clasificaciones, sino que, además, dicho precepto enfatiza que la misma es indelegable e intransmisible. Esta prohibición de encomendar la facultad de mejorar constituye una forma de validar o aplicar el carácter personalísimo, formal y material, del testamento y la potestad de testar que se proclaman en el art. 670 del CC. Por su parte, el art. 829 del CC, analizado

---

<sup>402</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., pág. 69.

<sup>403</sup> ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Toro, según Espíritu y el de la Legislación de España, en que se Tratan las Cuestiones Prácticas, Arreglando sus Decisiones a las Leyes y Resoluciones más Modernas que en el Día Rigen*, op. cit., págs. 136 - 137. Véase, además, VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, op. cit., págs. 290 – 291. Por su parte, LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario, Crítico, Jurídico, Literal a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Tomo I, op. cit., pág. 353, aunque está de acuerdo en que este tipo de mejora debe ser complementada con otros bienes del caudal, si el valor de la cosa cierta no alcanza el de la cuota, se inclina a pensar que esta posibilidad se puede dar porque se trata de una mejora de cuota, y no de una mejora en cosa determinada, en la que «...la asignación de la cosa no es substancial a esta mejora, sino una manifestación de la cosa en que se ha de ejecutar».

en relación con los arts. 823 y 830 del CC, añade que, igualmente, le corresponde al testador la facultad de especificar los bienes en los que se habrá de abonar la mejora, posibilidad que tampoco puede delegarse, ni siquiera al mejorado.<sup>404</sup>

La excepción a lo establecido en los arts. 823 y 830 del CC y al personalismo material o sustantivo del testamento, instituido en el segundo apartado del art. 670 del CC, la provee el art. 831 del CC, precepto que viabiliza la delegación de la facultad de mejorar, en su sentido jurídico amplio, pues se trata de una auténtica fiducia sucesoria limitada exclusivamente por las legítimas<sup>405</sup>, a favor del cónyuge supérstite o pareja de hecho sobreviviente. Precisamente, en el ejercicio de esta amplia facultad de mejorar delegada por el testador en su testamento, se ha entendido, a nuestro parecer correctamente, que el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC puede materializar ese margen potestativo concedido al asignar la mejora en cosa determinada, conforme permite el art. 829 del CC, y que esa cosa cierta, incluso, puede tratarse de la empresa familiar. Esto implica que ante la interpretación

---

<sup>404</sup> Ambos criterios han sido avalados por el Tribunal Supremo, mediante la STS de 18 de mayo de 1983, Sala Civil, (RJ 1983/2846), siguiendo como precedente la STS de 16 de junio de 1902. Aunque en la STS núm. 327 de 22 de junio de 2010, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2010/4900), el Tribunal fue más tolerante al admitir la cláusula quinta del testamento de Don Armando donde este establecía una mejora en un 70% por ciento del tercio del mismo nombre sujeta a fideicomiso, sin definir los bienes que lo integraría porque le concedió al mejorado fiduciario, su hijo primogénito Laudelino, la facultad de seleccionar de entre los bienes del caudal relicto aquellos que formarían parte del mismo, adquiriéndolos en pleno y absoluto dominio, dejándole los restantes a los demás herederos, y, además, le otorgó a este la absoluta facultad de disponer *inter vivos*, a título gratuito u oneroso, de los bienes que fueran objeto del fideicomiso. En dicha cláusula, el testador impuso a su hijo Laudelino la doble condición de que si moría sin descendencia masculina y quedaran bienes objeto de la mejora que no hubiese dispuesto *inter vivos*, los conservara y transmitiera, en sustitución fideicomisaria, al hermano varón que le siguiera en edad, que a la muerte de Laudelino resulto ser Roberto. En definitiva, un claro supuesto sobre una sustitución fideicomisaria *si aliquid supererit* (si algo queda), ya que el fiduciario Laudelino no estaba obligado a dejar a su muerte ninguno de los bienes objeto de la mejora. Esta posibilidad dependía exclusivamente de su voluntad porque el testador le concedió amplias facultades. No solo fue instituido en pleno dominio, sino que tenía la absoluta potestad de disponer de los bienes que integraban el fideicomiso. Ante este contexto, y por la naturaleza del fideicomiso de la modalidad *si aliquid supererit*, tampoco era aplicable el principio de subrogación real. Por lo expuesto, el Tribunal resolvió que no procedía la alegación de Roberto de abuso del derecho porque esta institución de equidad solo es viable si «...el derecho se ejercita con intención bien definida de causar daño a otro o utilizándolo de modo anormal o contradictorio de la armónica convivencia social. Su apreciación exige, pues, que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que caracterizan su existencia, que viene determinada por la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima en el ejercicio del derecho y por la objetiva de exceso en su ejercicio (Sentencia de 14 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8930), que cita las de 14 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6569) y 8 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2342), entre las más recientes». Como el fiduciario actuó conforme al testamento del causante, el TS declaró no a lugar el recurso presentado por Roberto. A lo que se añade que Laudelino, aunque no le reconoció derecho hereditario alguno, sino que solo lo nombró como albacea, lo benefició con alguna de las donaciones que hizo de ciertos bienes que habían sido objeto de la mejora. Véase, además, SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente y Totalmente Revisado y Puesto al Día*, tomo XIV, *op. cit.*, pág. 580; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 81 – 84 y nota 4 en la que hace referencia a la STS de 16 de marzo de 1932 y a la RDGRN de 12 de diciembre de 1927; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 63.

<sup>405</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 460 – 461.



integral de los arts. 829 y 831 del CC, el mejorado deberá pagar en metálico extrahereditario la parte correspondiente a los demás interesados, si no existen bienes suficientes en la herencia y el valor del bien concreto objeto de la mejora excede el tercio de mejora y el de libre disposición, siempre que estos dos tercios de la herencia no estén comprometidos con otras disposiciones del testador, y el de la porción de la legítima que le corresponda al mejorado.<sup>406</sup>

Tal análisis nos parece cónsono con el texto del apartado primero del art. 831 que, en lo pertinente, dispone: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes **mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición** y, en general, **adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones...**».<sup>407</sup> Debe sostenerse, entonces, que la facultad de señalar la mejora en cosa determinada corresponde tanto al testador, aspecto que ha estado presente desde la *Ley Dum Inlicita*, pero que se hizo más evidente en el régimen de las Leyes de Toro, específicamente en la Ley XIX, como al cónyuge o pareja de hecho sobreviviente del art. 831 del CC.

Por otra parte, el análisis combinado de los arts. 829 y 823<sup>408</sup> del CC nos conduce a concluir que las personas favorecidas con la mejora de cosa determinada pueden ser tan diversas y amplias como así lo determine y desee el testador. Es decir, los mejorados pueden incluir a todos los hijos o descendientes, exceptuando a uno, o ser solo uno o varios de cualquiera de estos grupos parentales.<sup>409</sup> Más específicamente, como el art. 829 del CC se refiere a la figura jurídica de la mejora, este solo puede ser aplicable a los descendientes del

---

<sup>406</sup> MILLÁN SALAS, F., «La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil», en *R.G.L.J.*, núm. 3, Julio – Agosto 2006, pág. 419; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, op. cit., págs. 388 – 390 y 461. En cuanto al análisis del enmendado art. 831 del CC, véase, también, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, pág. 425 y LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 82 y 84.

<sup>407</sup> Énfasis suplido.

<sup>408</sup> El contenido de este precepto indica lo siguiente: «El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima».

<sup>409</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral: Tomo II*, op. cit., pág. 1575; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», op. cit., págs. 925 - 926.

causante, sean estos legitimarios o no.<sup>410</sup> Sin duda, esto es porque la mejora de cosa determinada viene a ser el aspecto objetivo de la mejora en su concepción general.

En cuanto a la expresión «demás interesados» que se incluye en el susodicho artículo, en referencia a los que recibirán el abono en efectivo no hereditario por el exceso de la mejora, esta alude a los legitimarios y aquellas personas a las cuales el causante le ha realizado atribuciones, en concepto de mejora o legado, que son preferentes o de igual rango a la mejora de cosa determinada. Se refiere a las personas que, por virtud de la ley, sean legitimarios y las que, por voluntad del testador, son beneficiadas con una mejora que puede ser de hasta dos tercios de su herencia, por tratarse de sus descendientes, o de un tercio, en el caso de ser extraños. Incluye a toda persona que puede alegar que no se le ha satisfecho un interés legítimo que el testador o la ley le confirió, mediante una asignación patrimonial válida y eficaz. Son aquellos que pueden establecer una conexión legítima, es decir, un interés directo y concreto, con la diferencia que el mejorado retiene a título de mejora, debido a que el valor de la cosa cierta excede al de la cuota establecida legal o voluntariamente por el testador. Ya que parte de sus derechos o su totalidad deben detraerse de esa masa patrimonial excesiva retenida por el mejorado, a causa de que el legislador le otorgó prioridad a la preservación de la integridad cualitativa del bien concreto señalado como mejora. De ahí que cualifiquen como interesados aquellos afectados y vinculados directamente a esa diferencia.<sup>411</sup>

En ese sentido, no entrarán dentro de la mencionada frase, para efecto del pago en metálico de su participación en la sucesión, el heredero instituido en el remanente del caudal hereditario y aquellas personas que reciban asignaciones del causante que no fueron calificadas como preferentes o de rango equivalente a la mejora en cosa cierta. Tampoco se considerarán interesados quienes perciban atribuciones respecto a las que el testador dispuso que quedarían ineficaces en la parte que resultaran afectadas por una mejora en cosa

---

<sup>410</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 129. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», *op. cit.*, pág. 6166, coincide con el enfoque de que la aplicación de esta normativa, y su concebido resultado de proveer la facultad de pagar en metálico la legítima, recae no solo en el mejorado que es legitimario, sino también en aquel mejorado que no lo es. Para sostener su argumentación, este autor amplía su análisis en los siguientes términos: «Cuando el art. 829 CC se refiere a la parte de legítima correspondiente al mejorado, es indiscutible que esa alusión sólo afecta al mejorado legitimario, pero no descarta que el mejorado no legitimario pueda hacer uso de la facultad de abonar en dinero la diferencia cuando el valor de la cosa supera los tercios de mejora y de libre disposición, como acertadamente consideró la STS 17.11.25».

<sup>411</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 197 – 199; ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, pág. 142.

determinada inoficiosa.<sup>412</sup> Bajo ese contexto, es perfectamente aceptable que «los demás interesados» puedan ser legitimarios, mejorados, sean o no, respectivamente, instituidos como herederos en cuota o cosa cierta, e incluso hasta legatarios, sean o no personas extrañas. Todo dependerá de las reglas de imputación, las cuales fijarán el exceso en cualquiera de las tres porciones del caudal relicto; de las personas que concurran con el mejorado a la herencia; de la prelación que deba seguirse en caso de que las disposiciones realizadas por el testador no quepan en el caudal relicto partible; y el contenido que el causante confiera para la mejora en cosa determinada, ya sea de mejora de cuota con asignación de cosa cierta o de mejora de cosa cierta con señalamiento de cuota o de mejora de cosa cierta sin determinación de cuota.<sup>413</sup>

#### **D. Esencia del bien sobre el que recae la mejora**

Existen discrepancias en la doctrina en cuanto a la naturaleza de la cosa determinada objeto de la mejora, de manera que sea viable que el mejorado pueda pagar en metálico extrahereditario a los legitimarios. Por un lado, está la visión que considera que si bien es cierto que para que se permita esta opción a través de los arts. 821 y 1056 del CC, es necesario que, respectivamente, se cumplan los requisitos de indivisibilidad total o relativa y el de «destinación objetiva unitaria», tales supuestos objetivos no son requeridos respecto al art. 829 del CC. En ese sentido, el abono de la legítima en dinero no hereditario, debido a que el valor del bien en el que se señaló la mejora excedió de los límites definidos por el art. 829 del CC, no se verá afectado por ninguna de las siguientes circunstancias: (1) la ausencia de efectivo en el caudal relicto; (2) que el testador no haya dispuesto expresamente que la porción legal tenía que compensarse en metálico; (3) que la cosa determinada no forme parte

---

<sup>412</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, op. cit., págs. 141 y 142; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», op. cit., pág. 6167; CAMARA LAPUENTE S., «Artículo 829», en *Código Civil Comentado: Libro III De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad (Arts. 609 – 1087)*, (dirs.) A. Cañizares Lazo, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, volumen II, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2011, pág. 927, «Artículo 829» en *Código Civil Comentado: Libro III De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad (Arts. 609 – 1087)*, op. cit., 2ª edición, Navarra, 2016, pág. 904; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 204 – 205.

<sup>413</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», op. cit., pág. 130; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil», op. cit., pág. 386; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 199 – 207, esp. págs. 205 – 206. En resumen, ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, op. cit., págs. 139 – 144, y esp. la 143, comenta «...que interesado lo es no sólo todo legitimario o todo legatario de legado remuneratorio[, en el caso de que el testador no haya definido preferencias y por virtud del orden de preferencia no imperativo del artículo 887 del CC], sino también cualquier beneficiario de una disposición del causante[, sea ésta una institución de heredero o un legado,] que la vea recortada porque la mejora en cosa cierta que no sea preferente a esa disposición, absorba un valor del caudal hereditario que impida atender por completo la disposición en cuestión».

integral de una explotación; y (4) **que el bien atribuido no sea indivisible**. Del texto del art. 829 del CC no se puede presuponer el carácter indivisible de la cosa objeto de la mejora. Tampoco se puede entender que este sea un requisito necesario para la aplicación de dicho precepto. Esta característica se visualiza totalmente extraña a la modalidad especial de mejora en cosa determinada.<sup>414</sup> Ya que se considera que la misma «[a]barca a los derechos y bienes, sean éstos muebles o inmuebles, divisibles o indivisibles, simples o compuestos, principales o accesorios, fungibles o infungibles, así como las universalidades o cosas complejas como explotaciones económicas familiares (art. 1056.II CC), o un conjunto de cosas determinadas como “todos los bienes inmuebles” [STS 19.5.51 (RJA 1951, 1618)]».<sup>415</sup>

La doctrina mayoritaria discrepa de esta visión al valorar las leyes XIX y XX de Toro que establecían que para que sea objeto de mejora una cosa singular, de mayor valor que la parte correspondiente de mejora, esta debía ser difícil o incómoda para dividir.<sup>416</sup> Este sector

---

<sup>414</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 233 y 257. Este análisis ha sido apoyado por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 923, «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, págs. 135 – 136 y 139. Desde siempre, este autor ha considerado que la posibilidad de que el exceso del valor de la mejora de cosa determinada pueda reducirse *ad valorem*, en lugar de *in natura*, no ha sido el resultado de ninguna exigencia objetiva concreta para la aplicación del art. 829 del CC, en clara referencia a la cualidad especial de que el bien sea indivisible o de incómoda división. Por su parte, MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 72, opina que la indivisibilidad de la cosa cierta no es un criterio imprescindible para que se activen los efectos del art. 829 del CC, ya que el deseo del testador de que el bien sea íntegramente del mejorado no está supeditado a que este sea divisible o no. Véase, además, ZURILLA CARIÑANA, M<sup>a</sup>. A., «Comentario al Artículo 829 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4<sup>a</sup> edición, Navarra, 2013, pág. 1156.

<sup>415</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», *op. cit.*, pág. 6163. Véase, además, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1575 – 1576; ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, pág. 131. Tanto VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer*, Tomo I, Vol. I, *op. cit.*, pág. 229, como DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 925 y 946, estaban de acuerdo en la posibilidad de que la mejora de cosa determinada pudiera recaer sobre explotaciones agrícolas, industriales o de cualquier otra naturaleza. Igualmente, ambos consideraban que este tipo de mejora puede recaer sobre una universalidad. En lo que estos discrepaban era que, mientras el primero entendía que esa universalidad debía constituir orgánicamente una unidad, para el segundo no era determinante que esa universalidad tuviera una unidad orgánica, es más consideraba que podía aplicar de igual forma aunque no la conformara. Esto siempre que los bienes estuvieran claramente determinados para que su identificación no creara dudas. Véase, además, ZURILLA CARIÑANA, M<sup>a</sup>. A., «Comentario al Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1156; SAP de A Coruña, núm. 60, de 23 de marzo de 2004, Sección 4<sup>a</sup>, (AC 2004/1866) y BUSTO LAGO, J. M., «Aspectos Sustantivos de las Operaciones Particionales de la Herencia», *op. cit.*, págs. 406 – 407. Respecto a esta última, se resolvió que la cosa cierta objeto de mejora puede ser de cualquier naturaleza, incluso un establecimiento industrial o mercantil. Añadiendo que si la cosa determinada que se transmite *mortis causa* es un negocio de «pompas fúnebres», tal señalamiento integrará a la unidad económica en general. Es decir, a los bienes inmuebles, muebles y derechos relacionados al ejercicio mismo del negocio.

<sup>416</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 129; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 69; CAMARA LAPUENTE S., «Artículo 829», en *Código Civil Comentado: Libro III De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad...*, *op. cit.*, 2<sup>a</sup> edición, Navarra, 2016, pág. 903. Por su parte, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer*, Tomo I, Vol. I *op. cit.*, págs. 227 y 228 – 229, «Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 383, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código

doctrinal entiende que para que se pueda permitir pagar en dinero la legítima es preciso la presencia de un elemento objetivo. Es decir, que la mejora sea de cosa indivisible o que desmerezca mucho si se divide. De manera que, aludiendo a los precedentes históricos y legislativos de este tipo de mejora, se ha considerado que el requisito objetivo de indivisibilidad de la cosa objeto de la mejora es la esencia o razón que provee justificación a la normativa contenida en el art. 829 del CC. Si tal factor característico está ausente no se puede validar una excepción a la naturaleza de la legítima del CC, que mayoritariamente se considera *pars bonorum*. La esencia de este sistema legitimario está integrado y custodiado por el principio de intangibilidad cualitativa y cuantitativa, por lo que permitir el abono de la legítima en efectivo no hereditario, sin alguna justificación objetiva, contravendría su vertiente cualitativa.<sup>417</sup>

No cabe duda de que ambos enfoques doctrinales cuentan con argumentos persuasivos. Por un lado, es perfectamente válido recurrir a los antecedentes legislativos de una normativa para sostener la necesidad de que la cosa determinada objeto de la mejora debe ser imposible o difícil de dividir para que resulte viable que se compense en metálico extrahereditario la legítima. Por otro lado, en sentido opuesto, se puede plantear que, dado que las legítimas son una limitación a la libertad de testar del causante, si un precepto no impone límites a esa libertad no corresponde al intérprete establecerlos. Sin embargo, no es menos cierto, como se verá a través de este trabajo, que el legislador español siempre ha unido la excepción al

---

Civil», *op. cit.*, págs. 78 – 81, fundamentó su argumentación de que la aplicación del art. 829 del CC estaba supeditada al criterio objetivo de la indivisibilidad del bien o su difícil o incómoda división, en el comentario que varios autores realizaron de las leyes 19 y 20 de Toro, en el análisis de diversos preceptos del CC y en la presunción de que la cosa determinada no era divisible. Concretamente, este basó su parecer en lo siguiente: «Su examen histórico nos muestra que las leyes 19 y 20 de Toro y sus comentaristas partieron siempre de distinguir si las cosas o la parte de la hacienda admitían o no cómoda división. Para su interpretación finalista nos debemos preguntar: ¿por qué el título de mejora ha de dar a la voluntad del testador una fuerza desconectada de toda circunstancia de hecho que la justifique? Y una visión panorámica y sistemática del Código civil nos muestra que ningún otro precepto concede esta facultad en materia de legítimas de hijos y descendientes legítimos si no hay una razón objetiva que lo aconseje, como la hay en el art. 1056.2. Por eso no creemos posible llegar con tanta seguridad a ese resultado, no concorde totalmente con la regla general de que la legítima, en principio – por lo menos tratándose de los descendientes y ascendientes legítimos –, es porción de bienes reservada a cada legitimario. ... Notemos que en los demás supuestos en los cuales, sea por pura razón objetiva – art. 1062 –, sea por derivación indirecta de la voluntad del testador – art. 821 –, o bien dimanando directamente de ésta – artículo 1056.2 –, es compensable en dinero la legítima de descendientes legítimos; este resultado se funda en la indivisibilidad de la cosa, o en el deterioro que en ésta produciría su división, o en lo incómodo que ésta resultaría. Siendo así, ¿por qué no suplir en ese mismo sentido el silencio del artículo 829? El propio Manresa, como hemos visto, ve la “ratio” del 829 en evitar la proindivisión o la división de fincas, almacenes, talleres, fábricas, etc. El hecho de que literalmente no lo exija el artículo no creemos que pueda significar otra cosa sino, a lo más, que éste parte de la presunción de que la cosa determinada no es divisible, por lo que el criterio del testador sólo es revisable por los Tribunales cuando evidente y ostensiblemente la cosa sea cómodamente divisible sin deterioro alguno ni desvalorización importante de la misma».

<sup>417</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>, *op. cit.*, págs. 1013 – 1014. Igualmente, puede referirse a TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 100.

principio de intangibilidad cualitativa de la legítima con algún interés social o económico coherente con los cambios que se han producido con el paso del tiempo, ya sea el mantener la indivisibilidad de los bienes ante una economía original y principalmente rural; conservar la continuidad de las pequeñas y medianas empresas por ser hoy día el elemento principal de la economía urbana de este país; proveerle mayor protección y seguridad al hijo o descendiente judicialmente incapacitado<sup>418</sup>; o darle mayor preeminencia al cónyuge viudo en la sucesión del causante<sup>419</sup>. En principio porque, en el caso de descendientes y ascendientes, la legítima es la porción de bienes que la ley reserva a cada legitimario. Ante este contexto, nos inclinamos por la perspectiva doctrinal mayoritaria que entiende que la aplicación del art. 829 del CC debe estar atada al criterio objetivo de la indivisibilidad o dificultad en la división del bien objeto de la mejora. Si no está presente esta circunstancia es inviable que se pague la legítima en dinero no hereditario porque se estaría violentando el principio de intangibilidad cualitativa que, de ordinario, la protege.

De otra parte, como se ha mencionado anteriormente, desde la Ley XX de Toro la mejora de cosa determinada no se limitaba a una sola, sino que podía incluir varias. De acuerdo a la postura de la doctrina mayoritaria, esta realidad se ha preservado en el art. 829 del CC e incluye tanto el ámbito de una sola mejora con varias cosas como aquel donde hay varias mejoras, cada una con su respectiva cosa.<sup>420</sup> No obstante, se ha aclarado que la exigencia de la indivisibilidad debe cumplirse en cada una de las cosas determinadas.<sup>421</sup> Esta perspectiva se ha ampliado al destacarse que si el testador atribuye varias mejoras en cosa determinada a una misma persona, cada una de ellas deberá ser analizada independientemente a los efectos de considerar si estas «...excede[n] de lo disponible o si

---

<sup>418</sup> A través de la LPPPD se enmendó el art. 808 del CC para que, entre otras cosas, se pudiera establecer en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta. Tal acto se definió, en el art. 813 del CC, como una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima en su vertiente de no gravámenes. Esta excepción se estudiará en el capítulo VI de este trabajo.

<sup>419</sup> Nos referimos al art. 831 del CC, también modificado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que constituye otra excepción al principio de intangibilidad cualitativa en sus dos vertientes, la de pago de la legítima en bienes hereditarios y la de que esta no puede gravarse. Lamentablemente, como explicado en la Introducción, no estudiaremos en detalle esta normativa, aunque sí nos referiremos a ella de forma coyuntural en la medida en que se relacione con los supuestos que son objeto de estudio en esta tesis. No obstante, para efectos formativos se pueden consultar diversos libros y artículos que se incluyen en la sección de Bibliografía que se encuentra en este trabajo.

<sup>420</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, op. cit., págs. 131 – 133; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», op. cit., pág. 136, «Estudio sobre el Pago con Metálico...», op. cit., págs. 923 - 925.

<sup>421</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>., op. cit., pág. 1014.

sólo exceden algunas y también habrá que determinar si la mejora se realiza en concepto de donación, legado o institución de heredero en cosa cierta de cara a jerarquizarlos debidamente».<sup>422</sup>

Para tal proceso, si se trata de legados y, en términos analógicos, respecto a la mejora a través de una donación, se puede acudir al contenido del art. 890.1 que dispone que: «El legatario de dos legados, de los que uno fuere oneroso, no podrá renunciar a éste y aceptar el otro. Si los dos son onerosos o gratuitos, es libre para aceptarlos todos o repudiar el que quiera». En ese sentido, si todas las mejoras en cosa determinada, ya sea provista mediante un legado o una donación, exceden de lo disponible, el beneficiado tendrá tres opciones: (1) repudiarlas todas; (2) aceptar unas y repudiar otras; y (3) aceptarlas todas, pero con el compromiso de pagarle en metálico los excesos de cada una de ellas a los interesados. En cambio, si no todas las mejoras exceden de la parte disponible, la solución dependerá de si esta fue asignada por el testador a través de un legado o una donación. De haber sido mediante un legado, será necesario ceñirse a lo dispuesto por el art. 890.1 del CC, es decir, el mejorado no podrá conservar las mejoras por las cuales no tenga que pagar el exceso en dinero y rechazar aquellas que por ser inoficiosas sí tendría que hacerlo. Mientras, si la mejora fue producto de una donación, la aplicación y análisis del art. 829 del CC se efectuará siguiendo el orden cronológico en el que las donaciones fueron concedidas. Por lo cual, si la primera donación no excede del límite establecido por el art. 829, esta será mantenida íntegramente. Sin embargo, en el momento en que aparezca una que resulte ser una mejora inoficiosa, entonces, todas resultarían ser onerosas por lo que el mejorado, aplicando analógicamente el art. 890.1, tendría la opción de repudiar las que no quiera y aceptar las que desee.<sup>423</sup>

Distintamente, otro sector doctrinal entiende que para resolver este asunto no es necesario recurrir a la distinción de si la mejora en cosa determinada surge de un legado o de una donación. Concretamente, se ha manifestado que «...mientras que las mejoras quepan en el susodicho límite, son válidas sin tener que abonar nada, y la necesidad de abonar, que procede desde que entran en juego mejoras que lo sobrepasan, da lugar a que a partir de ellas (no de las anteriores) corresponda aplicar el abono».<sup>424</sup> A menos que, por acuerdo conjunto entre el mejorado y los demás interesados, se opte por eliminar aquellas mejoras de cosa

---

<sup>422</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», *op. cit.*, págs. 6169 - 6170.

<sup>423</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», *op. cit.*, pág. 6170.

<sup>424</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, pág. 132.

determinada que excedan del límite destinado al tercio de mejora, al de libre disposición y a la parte que al favorecido le correspondería de la legítima corta, en lugar de tener que pagar la diferencia en metálico.

Coincidimos con algunos de los planteamientos de cada uno de los enfoques presentados porque nos parece que en términos jurídicos resultan ser lógicos. Sin embargo, es necesario precisar nuestra perspectiva. Si la mejora recae en varias cosas determinadas y todas son provistas mediante una donación, consideramos que la imputación de estas, a los respectivos tercios, debe ser individual y, tomando como referente el art. 656 del CC, en el orden en que estas fueron atribuidas. Es decir, desde las de fechas más antiguas a las más recientes. De manera que el mejorado deberá abonar el exceso en efectivo cuando las mejoras sobrepasen el límite dispuesto por el art. 829 del CC. Si, por el contrario, las mejoras fueron otorgadas mediante un legado y todas resultan ser inoficiosas, entonces, aplicando el art. 890.1 del CC, el mejorado podrá optar por «...aceptarlos todos o repudiar el que quiera». Por lo que, si decide quedarse con todos tendrá que compensar el exceso en metálico. No así, si algunos resultan ser inoficiosos y otros no. Aquí deberá o renunciar a todos o aceptarlos con la salvedad de que tendrá que cumplir con abonar el excedente en efectivo no hereditario. Por último, si las mejoras fueron asignadas a través de legados y donaciones, primero, se deben imputar las donaciones por orden de fecha, desde la más antigua a la más reciente, y después los legados, hasta que se satisfaga el límite establecido por el art. 829 del CC. Todo lo que exceda de este parámetro, para que el mejorado pueda quedarse con la mejora, deberá ser compensado en metálico. Sin duda, todas las posibles circunstancias señaladas estarán supeditadas, en definitiva, a la voluntad del testador o a cualquier acuerdo que sobre el particular se efectúe entre el mejorado y los demás interesados.

De tratarse de la mejora en una sola cosa determinada, hay quienes aplicando, indistinta y analógicamente en el caso de que esta sea otorgada mediante una donación, el art. 889 del CC plantean que al mejorado no se le permite quedarse con aquella parte que cabe en el tercio de mejora, el de libre disposición y, en cuanto aplique, en la porción que le corresponde de la legítima estricta, y renunciar al exceso, es decir, a la parte inoficiosa, que tendría la obligación de compensar en metálico a los demás interesados en la sucesión del causante. En otras palabras, el mejorado no podrá quedarse con la parte de la mejora que le resulta beneficiosa y repudiar aquella que le sea perjudicial u onerosa. Esto implica que el mejorado solo tiene la opción de quedarse con la totalidad de la cosa determinada o renunciar



a esta.<sup>425</sup> A igual conclusión se puede llegar si se toma en consideración que el art. 829 del CC se basa en la presunción de que el testador al adjudicar la mejora perseguía que esta permaneciera en poder del mejorado como un todo, indivisible. Claro está, esto siempre que el causante no hubiera viabilizado que se pudiera hacer esa división o que el mejorado, después de aceptar la totalidad de la cosa determinada, llegue a un acuerdo con el resto de los interesados en la sucesión sobre la manera en que va a cumplir su obligación de pago.<sup>426</sup>

### E. Sobre la forma de imputar la mejora

En cuanto al proceso de imputación de la mejora de cosa determinada existen dos grupos de opiniones doctrinales. Una basada en la literalidad del art. 829 del CC, que considera que este tipo de mejora solo puede satisfacerse con el tercio de mejora y la porción de la legítima estricta que le corresponde al mejorado.<sup>427</sup> Otra opinión que, hoy día resulta ser la dominante, considera que el exceso en la mejora de cosa determinada puede ser imputado al tercio de libre disposición, siempre que no se cumpla el supuesto del que parte el art. 829 del CC.<sup>428</sup> Es decir, que el tercio de libre disposición esté agotado por otras atribuciones o que el testador haya manifestado su oposición a que ese tercio se utilice para imputar el exceso de valor del bien concreto asignado al mejorado.<sup>429</sup>

---

<sup>425</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», *op. cit.*, pág. 6168.

<sup>426</sup> Sobre el particular, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», *op. cit.*, págs. 6168 – 6169, expone que «De este modo, la voluntad del causante deberá prevalecer cuando haya previsto que el mejorado en cosa determinada pueda separar la parte cubierta y la parte que excede, ofreciéndole la opción entre aceptar esta última con obligación de pagar la diferencia en metálico o repudiarla. También, cabe la posibilidad de que el mejorado acepte la mejora en los términos impuestos por el causante y posteriormente se ponga de acuerdo con los demás interesados para alterar la obligación de pago en metálico en los términos que se convenga».

<sup>427</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, págs. 1204 – 1207; VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 290; SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente y Totalmente Revisado y Puesto al Día*, tomo XIV, *op. cit.*, pág. 582; ROMERO VIEITEZ, M. A., *La Mejora*, *op. cit.*, págs. 113 – 114; DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desarrollo en el Derecho Español...*, *op. cit.*, págs. 178, distinguiendo la naturaleza del tercio de mejora y el de libre disposición, 282. Véase, además, a DE FUENMAYOR CHAMPIN, A., «La Mejora en el Sistema Sucesorio Español», en *B.F.D.U.C.*, Fasc. I, Vol. XXII, 1946, pág. 281.

<sup>428</sup> Este debate doctrinal no fue necesario respecto al art. 814 del Anteproyecto de 1882-1888, que se refería también a la mejora en cosa determinada, porque su texto claramente establecía que el valor de este tipo de mejora podía imputarse al «...tercio destinado a la mejora, [al] de la cuota disponible y [el] de la parte de legítima correspondiente al mejorado». Igualmente, aunque con menos precisión, el art. 661 del Proyecto de 1851, también sobre la mejora en cosa cierta, leía «...con tal que el valor de ésta no exceda de la medida legal de aquella...». VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil» *op. cit.*, págs. 378 y 381.

<sup>429</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», *op. cit.*, pág. 6165. Véase, además, ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, pág. 129; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, pág. 191.

No obstante, dentro de este segundo grupo doctrinal existe desacuerdo en cuanto al momento oportuno en que parte del valor de la cosa cierta debe imputarse al tercer tercio de la herencia. Algunos entienden que la imputación a dicho tercio debe efectuarse después de agotados el tercio de mejora y la participación del mejorado en la legítima corta.<sup>430</sup> Y otros piensan que tal imputación debe darse luego de consumir el tercio de mejora e incluso antes de imputarlo a la parte de legítima estricta del mejorado.<sup>431</sup> Más concretamente, que la mejora de cosa determinada, provista a través de un legado o una donación, tendrá que imputarse primero al tercio de mejora y el exceso de esta porción se deberá imputar según lo determinado por la voluntad del testador. Si el testador no estableció la manera en que se imputaría el exceso del valor de la cosa determinada, este deberá imputarse al tercio de libre disposición. Esto por entenderse que la voluntad implícita del testador era, precisamente, que el beneficiado recibiera más de lo que le correspondía. Entonces, de acuerdo a ese criterio, solo si también se excede de la parte de libre disposición, y siendo el favorecido un legitimario, se deberá imputar dicho exceso al tercio de legítima estricta.<sup>432</sup>

Dentro de la vertiente doctrinal mayoritaria, favorecemos el segundo criterio porque no solo avala la concepción amplia de la mejora sino que, además, es coherente con la realidad de que el testador tiene libertad de hacer lo que quiera con el tercio de libre disposición. Esta interpretación, además, resulta aplicable a cualquiera de las modalidades de mejora en cosa determinada, es decir, a la mejora de cosa cierta con o sin señalamiento de cuota y a la mejora de cuota con asignación de cosa determinada.

Como analizamos en el apartado B de esta segunda sección, el efecto práctico de cada una de estas modalidades de mejora en cosa determinada es el mismo. Todas están, de

---

<sup>430</sup> Por ejemplo: MANRESA Y NAVARRO, J. M.; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA F. de A.

<sup>431</sup> Entre otros: ALBALADEJO GARCÍA, M.; CASTÁN TOBEÑAS, J.; MILLÁN SALAS, F.; LÓPEZ JACOISTE, J. J.; RAGEL SÁNCHEZ, L. F.; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.

<sup>432</sup> MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículo 829 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, págs. 458 y 459, «Artículo 825 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, pág. 429; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 920 – 921; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil» *op. cit.*, pág. 380; ZURILLA CARINANA, M<sup>a</sup>. A., «Comentario al Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1156; ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, págs. 128 – 129; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», *op. cit.*, pág. 6165; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 126, 133 – 174, 191, 201, 204 y 207; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, *op. cit.*, pág. 503; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 100 – 101; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 514; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, págs. 77 – 79, apoyando su criterio, entre otras cosas, en la STS de 17 de noviembre de 1925.

alguna manera, atadas a una cuota, sea legal o voluntaria, con la distinción de que en las primeras dos el núcleo de la disposición es la cosa determinada, mientras, en la tercera lo es la cuota misma. Si bien, igualmente, en cada una de ellas, por la propia naturaleza de esta modalidad de mejora, lo más importante es la cosa, aunque en las primeras dos esta sea la sustancia y en la última su complemento. Ya que se entiende que la voluntad primordial del testador es que el mejorado perciba íntegramente el bien concreto que es objeto de la mejora.

Dentro del precepto 829 del CC, la cuota cumple una función dual que resulta aplicable a las tres modalidades de mejora en cosa cierta. De un lado, constituye el límite, máximo en cuanto a la cuota legal y mínimo respecto a la voluntaria porque requiere complementarse con la esencia institucional y amplia de la mejora, que al ser excedido por el valor de la cosa cierta, servirá de base para definir su reducción en términos valorativos. A lo que se añade que en el caso particular de la mejora en cuota con señalamiento de cosa determinada funcionará, además, como límite máximo, ya que si el valor de la cosa no alcanza para cubrirlo, este deberá ser completado con otros bienes hereditarios.

De otro lado, la cuota ayudará a definir los tercios en los que se deberá imputar el valor de la cosa cierta. Sin embargo, esto no implica que la cuota, según la literalidad del art. 829 del CC, sirva para impedir que el exceso de valor de la cosa determinada se impute, respectivamente y según aplique, al tercer o segundo tercio de la herencia, máxime si tales tercios no están saturados y el testador no se opuso a ello. Coincidimos en el planteamiento de que si no se da la suposición de la que parte el art. 829 del CC, es decir, que el testador no haya dispuesto lo contrario o que alguno de los tercios que componen su ámbito de disponibilidad esté saturado, el exceso de la cosa cierta sobre la cuota legal, conformada por la visión amplia de la mejora y las reglas de imputación, o voluntaria, complementando lo dispuesto por el testador con las normas de imputación, podrá imputarse a los tres tercios de la herencia, con independencia de la modalidad de mejora en cosa determinada de que se trate.

De ahí que en lo único que podrían diferenciarse estas variedades de mejora en cosa cierta sería en el orden de imputación de su exceso, puesto que en el caso de la mejora en cosa cierta en sentido puro, primero se deberá imputar al tercio de mejora, luego al de libre disposición y finalmente a la parte de la legítima estricta que le pertenece al mejorado. En cambio, en las otras dos variantes, por su propia naturaleza, podría darse el caso de que la imputación se diera a la inversa, es decir, inicialmente al tercio de libre disposición, después al de la mejora y por último a la porción de la legítima estricta que le pertenece al mejorado. Resultado que también podría darse si se analizan e interpretan de forma combinada e

integral los arts. 825 y 828 del CC, por tratarse de mejoras en cosa cierta otorgadas mediante una donación no colacionable o legado. Aunque, si se tratara de donaciones o legados otorgados con carácter explícito de mejora, similar al caso de los supuestos contenidos en los arts. 825 y 828 del CC, se podrán imputar según el orden de imputación inicialmente mencionado, es decir, primero al tercio de mejora, luego al de libre disposición y, por último, si aplica, a la porción de la legítima estricta que se le debe al mejorado.<sup>433</sup>

Como sabemos, una cosa es la operación de imputar que se encarga de definir la firmeza de la disposición en la medida en que la atribución no afecta la legítima. Y otra diferente, y posterior a esta, es el acto de reducir la asignación porque se vulneró la porción legal o no hay bienes suficientes en la herencia. Significa que no se puede ordenar la reducción de una disposición hasta que, mediante la imputación, se sepa si esta cabe o no en la porción disponible del causante. Estos principios u operaciones del sistema sucesorio español parecería que no se cumplen si se acepta, sin más análisis, la literalidad del texto del art. 829 del CC. Es más, la interpretación literal de este precepto no solo sería contraria a estas operaciones sino que su aplicación provocaría resultados jurídicamente ilógicos. El hecho de que no se haga referencia expresa al tercio de libre disposición para efectos de imputar el exceso de valor del bien concreto no puede servir de justificación para alterar la lógica del funcionamiento de un sistema sucesorio, en el que primero es imputar y después, de ser necesario, reducir.<sup>434</sup>

---

<sup>433</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 380, «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», *op. cit.*, pág. 127 y nota 311, también apoya el enfoque mayoritario con la aclaración de que el orden de imputación puede darse según mencionado o iniciarse a la inversa, primero, con el tercio de libre disposición y, luego, con el tercio de mejora. También, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1574 – 1575, nota 5, favorece la opinión doctrinal mayoritaria al expresar que: «Nuestro Código no siempre usa la palabra mejora en su más limitada acepción; por lo que sería demasiado rigorista entender que el empleo de la palabra mejora, por sí sola, suponga determinación de la cuota como límite máximo de la liberalidad. Ello, siendo así, no impide que la disposición del art. 829 incluya supuestos de mejoras en sentido lato extensibles al tercio de libre disposición (conforme resolvió la sent[encia] de 19 de mayo de 1951). Es decir, que la mejora en cosa determinada, si esta resulta ser la voluntad del mejorante, puede imputarse al tercio de mejora, al de libre disposición (por ese orden o a la inversa) y a la legítima del mejorado y, en ese supuesto, también tiene lugar su otra norma, que autoriza al mejorado para abonar la diferencia en metálico a los demás interesados (sólo en cuanto al exceso)». Por su parte, HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 115, sustentado en la norma de imputación de los legados, art. 828 del CC, plantea que el legado otorgado en concepto de mejora se debe imputar primero al tercer tercio, luego al segundo y sucesivamente al de la legítima del mejorado. Mientras, ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, pág. 129, es partidario de que solo bajo el supuesto de la mejora en cosa determinada pura y simple, el exceso de valor de esta se puede imputar, primero, al tercio de mejora, luego, al de libre disposición y, por último y de ser necesario, a la parte de la legítima correspondiente al mejorado.

<sup>434</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 152 - 158. Véase, además, HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 115; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de Legítimas*, (coord.) T. F. Torres García, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, pág. 44.

Los fundamentos históricos, la intercomunicación entre los tres tercios de la herencia y la propia finalidad de la mejora, validan la expansión de esta institución hacia el tercio de libre disposición. Con las Leyes de Toro, específicamente las Leyes XIX, XX y XXVI, se conceptuó la mejora en términos amplios, incluyendo la posibilidad de mejora en cosas ciertas, al permitir que los ascendientes pudieran acumular el tercio y el quinto a favor de sus descendientes. Amplia concepción que se mantuvo tanto en la Nueva Recopilación de 1567 como en la Novísima Recopilación de 1805.<sup>435</sup> Y que se preserva, incluso, en el vigente derecho codificado, a pesar de la aparente escisión entre los tres tercios de la herencia que se estableció en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, documento que autorizó la publicación del Código Civil de España. En específico, la Base 16, en lo pertinente, dispuso: «... [e]l haber hereditario se distribuirá en tres partes iguales: una que constituirá la legítima de los hijos, otra que podrá asignar el padre a su arbitrio como mejora entre los mismos, y otra de que podrá disponer libremente...».<sup>436</sup> Esta supuesta separación entre el segundo y tercer tercio es meramente teórica y no práctica. Es indiscutible que el testador solo puede utilizar el segundo tercio para mejorar exclusivamente a sus hijos o descendientes. Porque este tercio, implícitamente, lo faculta a elegir libremente al descendiente que va a favorecer. Sin embargo, esto no impide que pueda mejorar, también, a estos miembros de su familia con el tercer tercio de su patrimonio hereditario. Considerando que el testador tiene total libertad de distribuir el tercio de libre disposición según su independiente criterio y que entre ambos tercios existe cierta similitud, puesto que el segundo tercio constituye una variedad de porción libre respecto a los descendientes. Tal acto, entonces, no desvirtuaría la naturaleza de los respectivos tercios, sino que, por el contrario, la afirmaría y la haría conforme a la voluntad del testador, razón de ser de todo sistema sucesorio.<sup>437</sup>

---

<sup>435</sup> ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Toro, según Espíritu y el de la Legislación de España, en que se Tratan las Cuestiones Prácticas, Arreglando sus Decisiones a las Leyes y Resoluciones más Modernas que en el Día Rigen*, op. cit., págs. 134, 138, 141, 160; *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Tomo V, op. cit., págs. 30 - 32; *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo IX, op. cit., págs. 329 - 330.

<sup>436</sup> ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., *Código Civil*, Ed. Tecnos, 34ª edición, Madrid, 2015, pág. 51; LEY DE BASES DE 11 DE MAYO DE 1888, por la que se autoriza al gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma, BOE-A-1888-3236, Gaceta de Madrid núm. 143, de 22 de mayo de 1888, <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1888/143/A00565-00567.pdf>, última consulta el 24 de octubre de 2018, pág. 566.

<sup>437</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 138 - 139, 143 - 144; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», op. cit., págs. 65 - 66, 81 - 84, «Apuntes de Derecho Sucesorio III: Atribución de la Legítima por Actos Intervivos (Conclusión)», op. cit., pág. 348.

En términos de la mejora en cosa determinada, esta histórica y amplia interpretación de la mejora se reflejó, igualmente, en las etapas anteriores a la aprobación del Código Civil de España. Por ejemplo, a través del art. 814 del Anteproyecto del Código Civil de 1882-1888 se permitía que el exceso de valor del bien concreto objeto de mejora se imputara, de acuerdo al siguiente orden: (1) al tercio de mejora, (2) a la cuota de libre disposición y (3) a la porción de la legítima estricta que le correspondía al mejorado. Se piensa que el texto de este precepto se inspiró en la obra Febrero Novísimo de 1837, que contenía una abundante doctrina jurisprudencial, teórica y práctica, en la que se mantuvo el reflejo de la concepción tradicional expansiva de la mejora como ventaja que podía incluir el tercio, el quinto o ambas porciones. Especialmente, en la segunda sección de su capítulo cuarto<sup>438</sup> se disponía que el testador podía definir el bien concreto en que iba a consistir la mejora del tercio y quinto. Con la salvedad de que si su valor excedía de ese límite, se revocaría la mejora en el exceso y este se computaría como la legítima del mejorado. No obstante, si el exceso sobrepasaba la totalidad de la herencia y la cosa cierta era indivisible, entonces, el mejorado debía abonar la diferencia en efectivo.<sup>439</sup>

Con el art. 829 del CC, precepto que regula actualmente la mejora en cosa cierta, se sustituyó la acepción histórica amplia de la mejora por su concreción en el segundo tercio de la herencia. Instaurándose, así, el sentido técnico de la mejora concretada en el tercio, en vez de su tradicional sentido amplio comprendido por el tercio y quinto del caudal hereditario, en el régimen de la mejora en cosa determinada.<sup>440</sup> De ahí, la indicación explícita de que el

---

<sup>438</sup> DE TAPIA GARCÍA, E., *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, Refundida, Ordenada bajo Nuevo Método y Adicionada con un Tratado del Juicio Criminal, y Algunos Otros*, Tomo I, Imprenta de Don Ildefonso Mompie de Montagudo, 3ª edición, 1837, pág. 352. Un texto similar estaba en GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero Reformado o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, Comprensiva de los Códigos Civil, Criminal y Administrativo, tanto en la Parte Teórica como en la Práctica, con Arreglo en un Todo a la Legislación Hoy Vigente*, Tomo I, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Madrid, 1852, pág. 388. En concreto, su apartado 1217 leía: «Cuando los padres hacen donación a algunos de sus descendientes legítimos en contrato o última voluntad, aunque no digan que le mejoran, se entiende ser mejorado en el tercio y remanente del quinto y se ha [sic] de contar lo que quepa en éstos, para que a ningún otro pueda mejorar en más de su importe, pues si asciende a más se tendrá por legítima, y excediendo a ésta y a la mejora, debe el donatario restituir el exceso a los coherederos...».

<sup>439</sup> Véase: LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 140, nota 31 y 142.

<sup>440</sup> La doctrina anterior al siglo XIX entendía que el tercio de mejora y el quinto de libre disposición estaban unidos para efecto de imputar el valor del bien otorgado por concepto de mejora. En cambio, la doctrina española del siglo XIX era partidaria del sentido estricto de la mejora concretada en el segundo tercio del patrimonio hereditario. Esta visión centrada en el sentido técnico de la mejora, de alguna manera, aunque no plenamente, se incorporó en el vigente Código Civil de España. A pesar de esto, con la aprobación del CC, se hizo manifiesto que los tratadistas apoyaban la concepción tradicional de la intercomunicación entre el tercio de mejora y el de libre disposición para computar el valor de los bienes atribuidos por el testador a sus descendientes. ROMERO VIEITEZ, M. A., *La Mejora*, op. cit., págs. 101 – 121. Véase, además, LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 137 – 138, 143 y 146.

valor de la mejora se puede imputar al «...**tercio destinado a la mejora** y [a] la parte de legítima correspondiente al mejorado»<sup>441</sup>.

Aparentemente, la intención de los redactores del Código Civil de España era acomodar la imputación del valor de la cosa cierta a las cuotas en las que, según la mencionada Base 16 de la Ley de Bases de 1888, se distribuye el patrimonio hereditario. Sin embargo, incurrieron en un error técnico y de lógica jurídica al no permitir expresamente que parte del exceso del valor del objeto específico, respecto al tercio de mejora, se pudiera computar en el tercio de libre disposición. Ya que la separación estructural de la herencia en porciones no implica su inconexión. Más aún, cuando el ámbito del tercer tercio es de la total libertad dispositiva del testador y del examen conjunto de las disposiciones del causante se deduce que es viable extender la mejora del segundo al tercer tercio de la herencia.<sup>442</sup>

Es importante destacar que aunque en la segunda oración del art. 829 del CC la mejora se concretó cuantitativamente en un tercio del caudal, dicha concreción no alteró la naturaleza de esta institución, manifestada en la primera oración del precepto, como posibilidad dirigida a proveerle una ventaja al mejorado descendiente. Incluso, en el propio texto del artículo se prevé la posibilidad de que el valor de la cosa cierta exceda de la porción definida para imputarlo. Circunstancia que de ocurrir no provocaría la desnaturalización de la mejora, sino más bien su reafirmación. Significa que en la esencia del art. 829 del CC todavía persisten los antecedentes históricos que favorecen una interpretación extensiva de la mejora, siempre que lo sugiera la cuantía de esta y la forma de ordenarse la disposición del testador. Siendo esta perspectiva una más coherente con la lógica del sistema sucesorio, su norma de imputación y la institución de la mejora. Todo debido a que el énfasis en el sentido cuantitativo estricto de la mejora, sin atender explícitamente la posible referencia de su contenido al tercio de libre disposición, no fue suficiente para quebrar los vínculos que este precepto tenía con esta tradición jurídica. En otras palabras, el hecho de que se haya limitado, expresamente, la imputación de la cosa determinada al tercio de la legítima estricta y al de mejora, sin aludir explícitamente al de libre disposición, no es indicativo de que si su

---

<sup>441</sup> Énfasis suplido.

<sup>442</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 141, 166; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Apuntes de Derecho Sucesorio III: Atribución de la Legítima por Actos Intervivos (Conclusión)», op. cit., pág. 348, *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1982, págs. 741, «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», op. cit., págs. 114 – 115, «Comentario al Artículo 825 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, op. cit., págs. 337 y 341; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, op. cit., pág. 514; ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, op. cit., págs. 173 – 174.

valor excede de las porciones fijadas no se pueda incluir su exceso en el tercer tercio de la herencia para que así se pueda cumplir con la ventaja que el testador deseaba proveerle al mejorado.<sup>443</sup>

De otra parte, la intercomunicación entre los diversos tercios de la herencia, y en particular entre el segundo y el tercero, que se evidencia en ciertos preceptos del CC, también, sirve de argumento para justificar que el exceso de valor del bien concreto se impute al tercio de libre disposición. Sabemos que el testador tiene plena facultad para establecer las reglas de imputación que deberán seguirse en cuanto a su disposición. Sin embargo, si el testador guardó silencio respecto a la porción de la herencia a la que se imputaría su disposición o si, a pesar de haber definido unas medidas precisas de imputación, se agotó la porción que eligió para imputar su atribución, será la ley, mediante el contenido de sus arts. 819, 825 y 828 del CC, la que se encargará de especificar el lugar en el que se imputará la disposición ordenada por el causante.<sup>444</sup> Siempre, obviamente, en sintonía con la voluntad del testador que es la ley suprema en el Derecho de sucesiones.

Por ejemplo, en el art. 828 del CC se dispone que: «[l]a manda o legado hecho por el testador a uno de sus hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre». A través de este precepto se viabiliza que si la disposición ordenada por el testador en beneficio de alguno de sus descendientes no cabe totalmente en el tercio libre, el exceso de esta atribución podrá trasladarse al tercio de mejora. Siempre que el causante no haya asignado el segundo tercio a otro descendiente, ya sea de forma íntegra o parcial, de manera que el exceso de la manda o legado no quepa en lo que reste del mismo. Si tampoco cabe en el tercio de mejora, y se trata de un descendiente legitimario, el exceso puede imputarse en la parte de la legítima estricta a la que este tendría derecho.<sup>445</sup> De esta forma, la norma jurídica y la voluntad del testador se entrelazan para lograr que se respete y cumpla con esta última.

Como se observa, mediante uno de los supuestos contenidos en el art. 828 del CC, el exceso de una disposición puede trasladarse de una porción en la que el testador tiene poderes dispositivos absolutos a una en la que solo se le permite seleccionar entre sus descendientes a uno o varios de los beneficiarios de la misma. Es decir, de un área de plena

---

<sup>443</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 142 – 143 y 145 - 146.

<sup>444</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 819» en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6021 y 6022.

<sup>445</sup> Por el contrario, si el legado se configuró en mejora porque el testador declaró expresamente que esta era su voluntad, entonces, esta liberalidad testamentaria deberá imputarse de la siguiente forma: primero al tercio de mejora, en lo que exceda del mismo deberá recurrirse al tercio de libre disposición y si tampoco cabe en este, se deberá acudir a la legítima corta, si se tratara de un hijo o descendiente legitimario.



libertad dispositiva para el testador a una en la que el grupo potencial de beneficiarios está previamente definido por la ley. Si bajo este contexto conflictivo es posible trasladar el exceso dispositivo para ser imputado en otra porción, del tercio libre al de mejora, cabe cuestionarse, ¿porqué el desplazamiento del exceso no puede darse a la inversa, es decir, desde el tercio de mejora al de libre disposición, por virtud del art. 829 del CC, considerando que tal traslación sería menos controvertible? Se trata de dos supuestos semejantes en las siguientes circunstancias: (1) hay un excedente en una disposición ordenada por el testador; (2) la ley en coherencia con la voluntad del causante, que no es contraria a la parte legal correspondiente al legitimario, facilita que se impute tal exceso en otra porción; (3) el beneficiario con la disposición es un descendiente. Tratándose de supuestos tan similares y siendo el traslado patrimonial que se viabiliza mediante el art. 828 del CC más complejo que el que se favorece a través del art. 829 del CC, no encontramos reparo para que el exceso de valor de la cosa cierta respecto al tercio de mejora se impute al de libre disposición o a la porción no dispuesta del mismo.<sup>446</sup>

Por su parte, el art. 819 del CC, en su apartado primero, dispone que «[l]as donaciones hechas a los hijos, que no tengan concepto de mejoras, se imputarán en su legítima».<sup>447</sup> El texto no alude expresamente a la posibilidad de imputar el exceso de la disposición al segundo y tercer tercio. Sin embargo, si se analiza dicho precepto en sentido contrario, y

---

<sup>446</sup> Véase: LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 147 – 150. Por su parte, en la STS núm. 642 de 12 de junio de 2006, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/3364), el Tribunal Supremo resolvió que un legado de un chalet otorgado por el testador a favor de sus cuatro hijos debía imputarse, primero, al tercio libre, luego, al tercio de mejora y, finalmente, al tercio de legítima corta. El máximo tribunal entendió que la expresión del testador de que legaba el tercio de libre disposición a sus sobrinos, «sin perjuicio» del mencionado legado específico concedido a sus hijos, no eliminaba la posibilidad de que este se imputara, inicialmente, en el tercer tercio de la herencia. Además de que consideró que el acto del testador de instituir a sus hijos como herederos universales del remanente de sus bienes, es decir, en los tercios de legítima y mejora, estableciendo como sustitutos vulgares a los descendientes de estos, reflejaba su voluntad de que el bien concreto legado a sus hijos se sustrajera de dichas porciones. De otra parte, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 828», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6157 - 6160, coincide en que los legados otorgados a hijos o descendientes deben imputarse según dispuesto por el testador. Sin embargo, fundamentándose en el art. 821.2 del CC y en la STS de 6 de noviembre de 1967, (RJA 1967/4086), argumenta que si el testador le concedió un legado a un descendiente legitimario y ordenó que se imputara en el tercio de libre disposición y no cabe, su exceso deberá imputarse, en vez de en el tercio de mejora, como establece el art. 828 del CC, en la legítima estricta. Solo si, también, excede de la legítima corta se podrá imputar en el tercio de mejora. En cambio, si el testador otorgó el legado a un descendiente no legitimario con cargo al tercer tercio, opina que el texto del art. 828 del CC se debe aplicar de forma literal, es decir, su exceso se debe imputar en el segundo tercio y si aún excede se debe reducir. Finalmente, si el legado se efectuó en calidad de mejora expresa, se tendrá que imputar según el siguiente orden: (1) tercio de mejora; (2) tercio de libre disposición y (3) tercio de legítima estricta, si el mejorado es legitimario. Esto, siempre que el testador no hubiera manifestado su voluntad de a qué tercio imputar el exceso de su disposición.

<sup>447</sup> El art. 804 del Anteproyecto de 1882 – 1888 es uno de los precedentes cercanos de esta norma. Su texto, era casi exacto al vigente art. 819 del CC, con la siguiente variante pertinente: en el apartado primero, en vez de «...que no tengan el concepto de mejora...» se decía «...que no sean mejora...». PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882 – 1888)*..., op. cit., pág. 253.

tomando en consideración el lenguaje de su tercer apartado<sup>448</sup> y la naturaleza de la institución de la mejora que no es otra que aventajar, en sentido lato, al favorecido, se puede establecer que aquellas donaciones realizadas en concepto explícito de mejora se deberán imputar al tercio del mismo nombre, al de libre disposición y a la legítima del mejorado. Esta inferencia, coherente con el objeto de estudio, no solo corrobora que el exceso de una disposición, y en específico el de una cosa cierta señalada como mejora, sobre el segundo tercio puede imputarse en el tercer tercio, sino que en orden de prelación se debe acudir a dicho tercio antes que al de legítima estricta.

Esta apreciación se complementa con el examen combinado del art. 825 del CC, que establece que «[n]inguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, a favor de sus hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar».<sup>449</sup> Ya que es, precisamente, a través de este precepto, en el que también se aprecia ampliamente el término mejora, que se provee contenido a la expresión «concepto de mejoras» que se menciona en el art. 819.1 del CC. Al determinar que solo tendrán carácter de mejora las donaciones respecto a las que el donante declaró de forma expresa su voluntad inequívoca de mejorar. Acción que para estimarse realizada, como ha enfatizado la doctrina, no requiere obligatoriamente del uso de palabras sacramentales, tales como el verbo «mejorar» o el sustantivo «mejora», sino que su cumplimiento se podrá interpretar de la voluntad incuestionable de mejorar declarada por el causante.<sup>450</sup> Es decir, que esta denominada manifestación expresa de la

---

<sup>448</sup> En el cual se establece que en cuanto las donaciones realizadas por el testador a los hijos o a extraños «...fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, [éstas] se reducirán según las reglas de los artículos siguientes», en referencia a los arts. 820 y 821 del CC, a lo que añadimos el art. 656 del CC que incluye cierto criterio que se debe considerar, también, al reducir donaciones. Considerándose que en cuanto a los descendientes, la cuota o porción disponible incluye el segundo y tercer tercio de la herencia. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, op. cit., pág. 742, «Apuntes de Derecho Sucesorio III: Atribución de la Legítima por Actos Intervivos (Conclusión)», op. cit., págs. 347 – 348, nota 892, 350 – 351 y 353.

<sup>449</sup> Uno de los precedentes más próximos de este precepto es el art. 657 del Proyecto de Código Civil de 1851, que decía: «Ninguna donación, sea simple o por causa onerosa, a favor de hijo o descendientes que sean herederos forzosos, se reputa mejora, si el donador no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar. Además, para ser válida la declaración, ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible a favor de extraños, o de la legítima disponible entre hijos, o de ambas». GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, op. cit., pág. 355.

<sup>450</sup> STS núm. 536 de 29 de julio de 2013, Sala Civil, (RJ 2013/6395); STS núm. 502 de 29 de mayo de 2006, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/3343); STS de 22 de noviembre de 1991, Sala Civil, (RJ 1991/8477); STS de 18 de junio de 1982, Sala Civil, (RJ 1982/3432). Véase, además, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Apuntes de Derecho Sucesorio III: Atribución de la Legítima por Actos Intervivos (Conclusión)», op. cit., págs. 347 – 348, *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, op. cit., págs. 740, «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», op. cit., págs. 16 – 18, 87 y 113 – 114; SAP de Badajoz, núm. 27, de 4 de febrero de 2016, Sección 3ª, (JUR 2016/39324).

voluntad del donante puede dar origen tanto a una mejora expresa como a una tácita, cualquiera de ellas a título de donación.<sup>451</sup>

A igual conclusión podemos llegar si al estudio integral de ambos artículos le incorporamos el análisis del art. 828 del CC, aplicándolo analógica o supletoriamente a las circunstancias fácticas de cada uno de ellos.<sup>452</sup> Incluso, con este amplio enfoque analítico podemos extraer, además, las siguientes conclusiones. Primero, y aunque no aplicable directamente al supuesto que estudiamos, si el testador declaró, sin proporcionar reglas de imputación, que la donación al descendiente legitimario sería colacionable o sin pronunciarse sobre el carácter de la disposición determinó no otorgarla en concepto de mejora, actuación que provoca que se presuma que se hizo en pago de su legítima, esta deberá imputarse, inicialmente, a su parte dentro del tercio de legítima estricta, después al tercio libre y, por último, al de mejora. Segundo, si al efectuar la disposición el testador expresó que la donación no sería colacionable, situación más cónsona con el supuesto que estamos estudiando, no aplicará lo anterior y la imputación comenzará en el tercio libre, luego en el de mejora y, finalmente, en la parte de la legítima estricta a la que tiene derecho el beneficiado.<sup>453</sup>

---

<sup>451</sup> De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término «expresa» significa «[c]laro, patente, especificado...». [dle.rae.es/?id=HL8veMX](http://dle.rae.es/?id=HL8veMX), última consulta el 22 de julio de 2017. Mientras, el concepto «tácita» implica: «...Dicho de un elemento gramatical: Que no se expresa, pero se sobreentiende...». [dle.rae.es/?id=YvLgeeV](http://dle.rae.es/?id=YvLgeeV), última consulta el 22 de julio de 2017.

<sup>452</sup> Entre los autores que favorecen la aplicación analógica entre los art. 828 y 825 del CC, e incluso del art. 819.1 del CC, se encuentran: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Apuntes de Derecho Sucesorio III: Atribución de la Legítima por Actos Intervivos (Conclusión)», *op. cit.*, págs. 351, 353, 357 – 364, «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», *op. cit.*, págs. 84 – 88, 95 – 96, 99 – 101, 114 – 119 y 127, *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, págs. 742 – 743 y 745 – 747, «Comentario al Artículo 825 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *op. cit.*, págs. 331, 335 – 345, «Comentario al Artículo 828 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *op. cit.*, págs. 368 – 369; ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, págs. 156 y 160 – 162, para elaborar su teoría sobre la existencia de lo que denominó como la mejora presunta, a la que VALLET DE GOYTISOLO prefiere llamar mejora tácita, que es aquella que se manifiesta no porque el testador dijo, ni porque se deduce de lo declarado por este, sino porque la circunstancia fuerza su imposición (además, las págs. 173 – 176); RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 825», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6137 – 6138. En contra, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, págs. 478 – 479.

<sup>453</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Apuntes de Derecho Sucesorio III: Atribución de la Legítima por Actos Intervivos (Conclusión)», *op. cit.*, págs. 347, 348, nota 892, 349 – 351, 353, 355 – 360, 361 – 364, *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, págs. 740 – 747; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 171 – 174; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 825» en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, *op. cit.*, págs. 6135 – 6136, 6139. «Comentario al Art. 819», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, *op. cit.*, págs. 6022 – 6025, aunque respecto a la donación declarada como no colacionable entiende que se debe imputar solo al segundo y tercer tercio, en ese orden, si la disposición se otorgó en concepto de mejora, o a la inversa (págs. 6023-6024); LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, págs. 511 – 513, coincide en que la donación otorgada en calidad de

En definitiva, si la voluntad del testador era beneficiar ampliamente a un hijo o descendiente con una mejora en cosa determinada, podría hacerlo no solo con el tercio de mejora, al manifestarlo expresamente en la disposición o al poderlo deducir con seguridad de la declaración, acto que se denomina como mejora expresa o tácita, sino también mediante el tercio de libre disposición (arts. 825 y 828), lo que para cierto autor, en un orden de imputación inverso, puede implicar una mejora necesaria, que resulta ser una modalidad de la denominada mejora presunta, y para otros autores constituir un supuesto de mejora tácita.<sup>454</sup>

---

mejora debe imputarse al tercio del mismo nombre, luego al de libre disposición y en último lugar a la legítima estricta. Distintamente, considera que la donación concedida sin calidad de mejora deberá imputarse a la legítima estricta y al tercio libre y el sobrante calificarse como inoficioso. Sin embargo, si se trata de un legado que no constituye una mejora y se realizó a favor de un descendiente legitimario, al presumirse que pudo otorgarse en pago de su porción legal, se podrá imputar sucesivamente al primer, tercer y segundo tercio de la herencia. En contra de esta última apreciación, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, op. cit., pág. 745, fundamentándose en el precedente legislativo del art. 828 del CC, es decir, el art. 660 del Proyecto de 1851 y en los comentarios a dicho precepto realizados por GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, op. cit., pág. 356. Por su parte, CÁMARA LAPUENTE S., «Artículo 825», en *Código Civil Comentado: Libro III De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad...*, op. cit., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 882 y 885, sugiriendo que una donación concedida en concepto de mejora expresa o tácita se debe imputar primero al tercio de mejora, después al de libre disposición y en lo que exceda a la cuota del donatario en la legítima estricta. En cambio, coincidiendo con LACRUZ BERDEJO, considera que si la donación no se otorgó en concepto de mejora, deberá imputarse, inicialmente, a su parte en la legítima estricta y el exceso en el tercio libre. Si excediera del tercer tercio deberá reducirse porque no podrá imputarse al tercio de mejora. Véase, además, la STS de 18 de junio de 1982, *supra.*, que afirma que la parte disponible para distribuir entre los descendientes incluye tanto el segundo como el tercer tercio de la herencia.

<sup>454</sup> Para VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 825 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, op. cit., págs. 331, 335 – 336, 338 – 345, 448, «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», op. cit., págs. 10 – 18, 53 – 55, 65 – 66, 77 – 88, 99 – 101, 113 – 128 y 139 – 140, *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, op. cit., págs. 740 – 747, «Apuntes de Derecho Sucesorio III: Atribución de la Legítima por Actos Intervivos (Conclusión)», op. cit., págs. 347 - 348, nota 892, 349 – 351, 353, 356 – 364, «Atribución, Concreción del Contenido y Extinción de las Legítimas», op. cit., págs. 107 – 108, «Comentario al Artículo 819 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 275 – 277, el término mejora contenido en los arts. 819.1 y 825 del CC tiene un sentido amplio, respecto a la atribución que el testador otorga a favor de sus descendientes. De ahí que opine que al interpretarse conjuntamente los arts. 825 y 828 del CC, el segundo supuesto de este último precepto, que establece que un legado concedido a un hijo o descendiente es mejora si no cabe en el tercio libre, circunstancia que desde su perspectiva configura una mejora tácita y no una presunta, le resulta aplicable, también, al primer artículo. Bajo esta visión afirma que «...las donaciones no colacionables son mejoras en sentido amplio y no existe inconveniente en que se imputen al tercio de mejora en cuanto no quepan en el de libre disposición». Incluso, afirma que aunque en el art. 825 del CC no se alude a las donaciones a descendientes no legitimarios, el hecho de que tampoco se excluya puede llevar a pensar que a este supuesto, también, le son aplicables los requisitos y consecuencias prácticas de este precepto, analizado en relación con el art. 828 del CC. Máxime cuando en el caso de los descendientes no legitimarios no es necesario entrar a distinguir si la donación se percibe en concepto de mejora o legítima, ya que, al no tener derecho a la porción legal, ese tipo de liberalidad siempre significará una mejora, sea expresa o tácita. En definitiva, opina, a nuestro parecer correctamente, que toda liberalidad percibida adicional a la legítima debe considerarse una mejora en sentido lato. De otra parte, este estudioso añade, luego de concluir que el art. 825 del CC no prohíbe las mejoras tácitas, que el concepto «...“expreso” no se opone a “tácito”, sino a “presunto”; ni “tácito” a “expreso”, sino a “formalmente expresado”». Su criterio está fundamentado en su creencia de que las mejoras presuntas fueron abolidas, mientras, las tácitas aún persisten. Estas últimas las define como aquellas donde la voluntad de mejorar del testador surge de la propia disposición testamentaria, o se entiende dispuesta, sin que al otorgar la donación, el legado o la institución se hubiera utilizado el término mejora o el verbo mejorar. Entre los autores que han seguido el criterio de VALLET DE GOYTISOLO, además, de distinguir las mejoras expresas de las tácitas, se

Circunstancia que puede darse, en este orden de imputación o a la inversa, si lo dejado al descendiente no legitimario, ya fuera mediante liberalidades testamentarias o entre vivos, al no caber en la porción de mejora, hay que imputarlo al tercio de libre disposición o cuando el exceso de la mejora de cosa determinada atribuida a un legitimario debe ser pagado con el tercer tercio de la herencia, por ser ambos supuestos ejemplificativos de la voluntad del causante de favorecer al beneficiado con una mejora en sentido amplio.<sup>455</sup>

Actuar de forma contraria sería convertir la mejora en pago de legítima. Esto porque la imputación de parte de la mejora en cosa determinada a la legítima estricta causaría que al

---

encuentran: PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Vol. II, *op. cit.*, págs. 456 – 458; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 139 y 150; ELFGEN, A., «La Mejora en el Vigente Derecho Español», en *R.D.N.*, Año XVI, Núm. LXIII, Enero – Marzo 1969, págs. 33 – 39; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 825», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, *op. cit.*, págs. 6135 – 6140, «Comentario al Artículo 828», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, *op. cit.*, págs. 6158 - 6160. En cuanto a la posibilidad de que una donación implique una mejora tácita, al analizar conjuntamente los arts. 825 y 828 del CC, SAP de Álava de 10 de marzo de 1993, (AC 1993/340). Por su parte, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, págs. 1185 – 1187 y 1190 – 1193, opina que en el CC la regla general es que todas las liberalidades, sean testamentarias o entre vivos, son mejoras expresas, si se manifestó expresamente la voluntad del testador a tales efectos, imputándose estas exclusivamente al tercio del mismo nombre. Considera que solo hay dos supuestos que excepcionan este criterio y uno de ellos el art. 828 del CC, que deberá imputarse inicialmente al tercio libre, luego, en su exceso, al tercio de mejora y, si aún excede, a la legítima corta, de tener derecho a ella. Para este autor, esta norma es un ejemplo de mejora tácita, aunque, en algún momento de su escrito, la cualifica como mejora presunta. (pág. 1186). Por otro lado, no cree que existe compatibilidad entre los arts. 825 y 828 del CC porque no solo rigen supuestos diferentes, donaciones y legados, respectivamente, sino que, también, benefician a sujetos no del todo similares, el primero a hijos y descendientes legitimarios y el segundo a hijos y descendientes en general. Rechaza, además, que el art. 825 del CC sea un ejemplo de una mejora tácita, sino más bien uno de mejora expresa. Ya que piensa que para que las donaciones por contrato entre vivos tenga carácter de mejora se requiere que el donante haya declarado expresamente su voluntad de mejorar. No obstante, su criterio se contradice cuando, de una parte, argumenta que el art. 819 del CC «...es perfectamente compatible con el final del 828, pues bien el primero dispone que esas donaciones se imputarán en la legítima, es cuando no tengan el concepto de mejoras, el cual tienen, según ese final del 828, cuando no quepan y en lo que no quepan en la parte libre, en la que se imputarán en este caso en primer término, antes de imputarse a la legítima, según previene el 819, pero sólo para las donaciones que no tengan el concepto de mejoras». (pág. 1193). En otras palabras, que el art. 819 del CC es cónsono con el art. 828 del CC, en cuanto a su supuesto de mejora tácita. Mientras, de otra parte, plantea que el art. 828 de CC no es congruente con el art. 825 del CC, a pesar de argumentar que este último precepto y el art. 819 (1) y (3) son concordantes y complementarios entre sí. Finalmente, este autor, siguiendo el criterio de MORELL Y TERRY, J., «Magistrales Artículos sobre Mejoras y Otras Instituciones», R.L.J., Tomo 83, Madrid, 1893, págs. 280 – 282, opina que como en el art. 825 del CC no están comprendidas las donaciones realizadas a descendientes no legitimarios, estas sí podrán reputarse como mejora tácita, aunque solo podrán imputarse al tercer tercio de la herencia, por lo que serán reducidas en lo que excedan del valor del mismo. DE LACOSTE, J., *La Mejora: Su Origen y Desenvolvimiento en el Derecho Español...*, *op. cit.*, págs. 261 – 273, además de proveer detalles generales sobre los orígenes de las mejoras expresas y tácitas, coincide con SÁNCHEZ ROMÁN en cuanto a que la regla general del CC es que las mejoras solo pueden constituirse con la expresa voluntad del testador y que una de las excepciones a esta norma es el art. 828 del CC, por ser un ejemplo de mejora tácita al que denomina, además, como mejora de excedente. Sin embargo, discrepa con ciertos aspectos del análisis que este realiza sobre el art. 825 del CC. Para este autor, este precepto, si se evalúa en sentido contrario, sugiere que a favor de los descendientes no legitimarios no solo se efectúen mejoras directas, sino, también, tácitas. Para un estudio detallado de la distinción entre las diversas modalidades de mejora, puede referirse a ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, págs. 152 – 195, quien contrario a VALLET DE GOYTISOLO opina que aún existen las mejoras presuntas y que el supuesto del art. 828 del CC es un ejemplo de ello.

<sup>455</sup> Véase: ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, págs. 125 -126.

mejorado se le redujese su cantidad de mejora por tener que destinar la misma para abonar dicha legítima estricta. De esta forma, la mejora en lo que tenga que imputarse a la legítima corta deja de ser verdadera mejora y se convierte en legítima pura. En otras palabras, si esta modalidad de mejora se imputara primero a la legítima estricta antes que a los tercios con los cuales el testador puede mejorar, se desnaturalizaría su finalidad que no es otra que mejorar, es decir, beneficiar al mejorado al darle más de lo que por legítima estricta tendría derecho. Por esta razón, solo se justifica la imputación a este tercio cuando este tipo de mejora no quepa en los otros dos. De manera que la mejora en cosa determinada debe imputarse considerando el siguiente orden: primero, al tercio de mejora; segundo, al tercio de libre disposición, en caso de que se exceda de la anterior porción, o viceversa; y tercero, si aún lo sobrepasa, al de legítima estricta.<sup>456</sup> Esto significa que el pago del suplemento en metálico a los legitimarios, previsto en el art. 829 del CC, solo procede cuando la mejora excede de los límites señalados, es decir, de los dos tercios y de la parte que le corresponde al mejorado en la legítima corta. Dicho de otro modo, cuando la mejora en cosa determinada resulta inoficiosa. Claro está, siempre que el tercio de libre disposición no haya sido distribuido por el testador en legados o establecido sobre este un legado de parte alícuota o una institución de heredero.<sup>457</sup>

Incluso, podría darse el caso de que la mejora en cosa determinada, atribuida a un legitimario o a un extraño, absorbiera todo el patrimonio relicto. Ante tal supuesto de hecho, el mejorado podría quedarse con la totalidad de la herencia, siempre que pagara en dinero extrahereditario la legítima.<sup>458</sup> Por lo cual, al beneficiado con este tipo de mejora debe considerársele instituido como heredero en la herencia del causante.<sup>459</sup>

---

<sup>456</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 162, 164, 166 - 174. Para examinar otras argumentaciones que validan la imputación de la mejora de cosa determinada sobre el tercio de libre disposición, véase, también, a ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, págs. 125 - 129. La visión de que la mejora en cosa determinada puede imputarse, también, al tercio de libre disposición ha sido favorecida por el TS. Véase: STS núm. 954 de 14 de diciembre de 2005, Sala Civil, Sección 1ª (RJ 2006/300).

<sup>457</sup> Así lo entiende GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *op. cit.*, pág. 243, al expresar: «Para que la satisfacción de la legítima en metálico tenga lugar es necesario que el tercio libre esté excluido expresamente por el testador o con disposiciones imputables a él impidiendo que la mejora pueda extenderse al mismo o que sea insuficiente la parte no dispuesta para imputarle el exceso, en cuyo caso al otro u otros legitimarios se les satisfará en todo o en parte su legítima con dinero del mejorado, o sea, extrahereditario».

<sup>458</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», *op. cit.*, pág. 6169.

<sup>459</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 100 y 129. Es cierto que el art. 768 del CC dispone que «[e]l heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario». Sin embargo, esta es una norma interpretativa y no imperativa. Por lo tanto, el mejorado en la única cosa determinada que compone el caudal relicto podrá ser considerado como heredero. Igual resultado se obtendría si de la voluntad del testador se derivara que era su deseo que el mejorado en un bien determinado fuera instituido como heredero. Incluso, es perfectamente viable que esta modalidad de mejora pueda ser realizada a título de donación. Lo cierto es que ante una mejora en cosa

Por lo expuesto hasta el momento, no cabe duda que la finalidad de la figura de la mejora en cosa determinada es que el mejorado se quede con la totalidad de lo atribuido a su favor. Se considera que ello se corresponde con la voluntad del testador. Este criterio se fundamenta en que la atribución de la cosa determinada constituye la «...materialización de aquella mejora, o, dicho en otros términos, en la asignación de la cosa se materializa la misma voluntad de mejorar».<sup>460</sup> Precisamente por esto, la reducción del exceso de la mejora en cosa determinada se efectúa en términos valorativos y no *in natura*, hecho que impedirá que el resto de los participantes de la sucesión sean satisfechos, en la parte afectada por la mejora, con bienes del caudal relicto, sino más bien mediante el pago en efectivo.<sup>461</sup>

#### **F. Efecto de la concurrencia de la mejora en cosa cierta con otros tipos de mejoras o legados**

Ante la existencia de un conflicto entre la mejora de cosa determinada, provista por legado o donación, y otra modalidad de legados asignados por el testador, algún autor<sup>462</sup> ha sugerido unos aspectos analíticos a considerar, que nos parecen muy interesantes y con los cuales coincidimos. En concreto, si la mejora de cosa determinada proviene de un legado y el causante ha asignado otros legados a legatarios que no son descendientes, si no más bien extraños, sin que todos puedan ser pagados con el tercio de libre disposición, la preferencia se determinará, en primer lugar, en base a la voluntad expresa del testador, conforme al art. 820.2 del CC. De no existir esta opción, tendrá preferencia el beneficiado con el legado de cosa determinada que implica una mejora porque para este autor el art. 829 CC viene a ser

---

determinada que absorbe todo el caudal hereditario y que activa el pago en efectivo de las legítimas, será lógico pensar que el asignatario es un heredero. Véase: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 63 y 67.

<sup>460</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 72. Similar parecer ha manifestado, continuamente, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 914, «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, págs. 136 y 139. Específicamente, en este último escrito, este autor expresó que «[l]a ley presume que, si el testador ha mejorado “in re certa”, su voluntad, aunque la mejora sea inoficiosa, es que la cosa quede en poder del legitimario por entero, aunque deba pagar la diferencia (que puede comprender toda la legítima, tampoco se establece una limitación cuantitativa) en metálico».

<sup>461</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 100, 129 y 130. Así, también, lo entiende LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, pág. 258, al comentar que la eficacia jurídica de la mejora en cosa determinada «...es suficiente, no sólo para alterar la homogeneidad cualitativa de los lotes correspondientes a los demás interesados en la sucesión, sino incluso para privar a los legitimarios de la sustancia hereditaria, imponiéndoles el cobro de sus derechos en dinero no hereditario». Al respecto, este autor añade: «[l]a discrecionalidad concedida por la ley al testador entraña, pues, la potestad de hacer que las legítimas sean percibidas por los legitimarios en dinero y no *in natura*, cuando así lo imponga el valor de la cosa cierta señalada como mejora».

<sup>462</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», *op. cit.*, pág. 6167.

una norma especial respecto al art. 887<sup>463</sup> del CC. Mediante el art. 829 del CC, el legado de cosa cierta inoficioso se convierte en preferente en relación a cualquier otro. Por eso, contrario a los otros, no se exige su reducción ordinaria, sino que su inoficiosidad será compensada por el legatario al abonar en metálico la parte que corresponda a los demás interesados.

De igual manera, se sugiere<sup>464</sup> que de existir conflicto entre la mejora en cosa determinada percibida a través de un legado y una institución de heredero a favor de un descendiente a ser pagada del tercio de mejora o el de libre disposición, se aplicarán, primeramente, las reglas de prioridad que haya definido el testador porque entre descendientes el tercio de mejora funciona como un tercio de libre disposición. Si la voluntad del testador no fue manifestada, el mejorado en cosa cierta tendrá que cumplir con pagarle en efectivo a los herederos voluntarios la porción no satisfecha de la atribución que les concediera el causante. Por el contrario, si la mejora en cosa determinada se percibió mediante una donación, esta será preferente tanto ante el legado o la cuota hereditaria que no se hubieran atribuido en pago de la legítima estricta. También, sostiene el mismo autor que, ante una mejora en cosa determinada, el testador puede disponer una solución distinta a la provista por el propio art. 829 del CC, ya que es él quien tiene la facultad de definir y establecer las reglas que se aplicarán ante un potencial conflicto entre el legatario mejorado y los restantes legatarios y herederos.

En cambio, otro estudioso<sup>465</sup> opina que, ante el supuesto de haber otras disposiciones imputables al tercio de mejora, además de la mejora de cosa determinada, y que este resulte

---

<sup>463</sup> Este último tiene que ver con el orden de prelación para el pago de legados cuando los bienes de la herencia son insuficientes. Constituye, además, un precepto especial para el supuesto en que la herencia se acepte a beneficio de inventario o que esta se haya distribuido en legados sin la existencia de un heredero, de acuerdo al art. 891 del CC. Incluso, analógicamente, se ha planteado que puede aplicarse al patrimonio personal insolvente de aquel heredero que aceptó la herencia del causante de manera pura y simple, es decir, sin beneficio de inventario. Respecto a este último contexto posible de aplicación, no hay unanimidad en la doctrina porque hay quienes opinan que al aceptar la herencia de forma pura y simple, el heredero deberá responder de los legados, incluso, con su propio patrimonio, en el caso de que el caudal hereditario sea insuficiente. Esto justificado en el principio de responsabilidad *ultra vires*. Sobre las visiones contrapuestas entorno a este debate doctrinal, pueden examinarse: EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., «Artículo 887 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo V, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6476 – 6477; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Artículo 887 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XII, Vol. I, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2<sup>a</sup> edición, Madrid, 1998, págs. 445 - 448; VICENTE DOMINGO, E., «Artículo 887 del CC», en *Código Civil Comentado*, (dirs. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Vol. II, Libro III, Ed. Aranzadi, S.A., 2<sup>a</sup> edición, Navarra, 2016, págs. 1089 – 1090; CAPILLA RONCERO, F., «Artículo 820 del CC», en *Código Civil Comentado*, (dirs. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Vol. II, Libro III, Ed. Aranzadi, S.A., 2<sup>a</sup> edición, Navarra, 2016, pág. 860.

<sup>464</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», *op. cit.*, pág. 6168.

<sup>465</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, págs. 124, 125 y 142 - 143.



insuficiente para pagarlas todas, estas se deben atender de acuerdo a su orden de preferencia, según se trate de instituciones de heredero o legados (art. 887 del CC). Significa que las disposiciones que tengan la misma preferencia se reducirán en lo que excedan del tercio de mejora. Mientras, entre las que sean de distinta preferencia se excluirán aquellas que, después de atendidas las más preferentes, no quepan en dicho tercio. Igualmente, considera que si existen otras disposiciones imputables al tercio libre, además de la mejora en cosa cierta, todas deberán pagarse con esta porción. Si este tercio no es suficiente para ello y las disposiciones son de diversa preferencia, estas deberán satisfacerse de acuerdo al orden de preferencia que les corresponda. Al contrario, si se trata de disposiciones con similar preferencia y el tercio es insuficiente para abonarlas todas, entonces, lo que quede de disponible del mismo deberá prorratearse entre estas. El mejorado en cosa determinada solo tendría que abonar en efectivo el exceso del valor del bien concreto a los demás interesados, de manera que pudiera quedarse íntegramente con este, si su importe no cupo en el tercio de mejora, en el libre y tampoco, en caso de aplicar, en la parte que le correspondería de la legítima estricta. Exceso que se calculará restándole al valor total de la cosa la parte que fue cubierta por los mencionados tres tercios.

Por su parte, otro autor<sup>466</sup> sugiere que ante la concurrencia entre la mejora en cosa determinada y la de cuota, otorgadas ambas por vía de legado, es importante contrastar dos aspectos: el cualitativo y el cuantitativo. En cuanto al cualitativo, al mejorado en cosa cierta se le atribuye íntegramente el bien concreto que es objeto de la mejora. Respecto al cuantitativo, es necesario acumular el valor de la cosa determinada con el de las otras mejoras de cuota para poder precisar si todas caben en la porción disponible a favor de los mejorados, que incluye tanto el tercio de mejora como el de libre disposición. De no caber todas las mejoras, sin importar su naturaleza, deben ser reducidas a prorrata hasta que finalmente quepan en la parte dispuesta a su favor. La diferencia que surja entre el valor de la cosa cierta y la cantidad en la que se hubiera reducido esta modalidad de mejora específica, debido a su concurrencia con las de cuota, deberá ser compensada en metálico por el mejorado a los interesados a los que el causante le atribuyó una mejora genérica.

Este autor sustenta su argumentación en el art. 820.2 del CC que establece que los legados, sin distinción alguna, deben reducirse a prorrata. Siempre que, también conforme a dicho precepto, el testador no haya dispuesto un mecanismo de acción diferente. Aclara, sin embargo, que si la mejora en cosa cierta fuera otorgada mediante donación, sería aplicable el

---

<sup>466</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 201 – 203 y 206.

apartado primero del art. 820 del CC, que impide que las donaciones sean reducidas, siempre que la reducción o anulación de los legados sea suficiente para cubrir la legítima, y el art. 656 del CC, que dispone que si las donaciones exceden de la parte disponible, en cuanto al exceso, se reducirán o suprimirán aquellas que se hubiesen concedido en fecha más reciente. Ambos preceptos favoreciendo, más aún, al mejorado donatario de la cosa determinada. Consecuencia que de ninguna manera implicará que el mejorado objeto de una mejora en cosa cierta, por vía de donación, no asumirá su obligación de pagar en efectivo la diferencia correspondiente a los demás interesados, sin importar que el interés de estos últimos se haya producido a través de una institución de heredero, un legado o una donación, sea esta otorgada o no en fecha posterior a la atribuida al mejorado en cosa determinada. La responsabilidad del mejorado en cosa cierta de abonar la diferencia surge porque el art. 829 del CC es una norma especial dentro de la regulación general de la mejora. En ese sentido, al absorber la cosa el carácter típico de la mejora junto a la peculiaridad de la norma del art. 829 del CC, se hace inaplicable la regla de que las donaciones anteriores desplazan a las posteriores. La concurrencia de donaciones no produce el paralelismo que justifica la aplicación del criterio sobre la preferencia cronológica, ya que una de las atribuciones está impregnada con la naturaleza especial de ser una mejora en cosa cierta.

Considera que no resulta aplicable la regla de que el mejorado en cosa cierta cumpla con su obligación exclusiva de suplementar en metálico la parte correspondiente a los demás interesados porque estamos ante un supuesto diferente al que se concibe, de forma excepcional, en el art. 829 del CC. No es lo mismo que el valor de la cosa determinada asignada al mejorado exceda de la porción total dispuesta a su favor, circunstancia que justifica la exclusiva reducción *ad valorem* impuesta a esta modalidad de mejorado, que la diferencia surja por la concurrencia de diversos tipos de mejoras. Bajo esta segunda situación, se puede tomar como referente la norma excepcional del art. 829 del CC, pero no limitando su efecto, es decir, su reducción, a la mejora en cosa determinada, sino más bien extendiendo su consecuencia a todo tipo de mejoras.

Difiere de este criterio otro autor<sup>467</sup> que entiende que al confluir una mejora en cosa cierta con otras ordenadas sin determinación de bienes, se debe seguir la regla de reducción y abono que el art. 829 del CC le impone exclusivamente al mejorado en un bien concreto a favor de los demás interesados, que podrían ser legitimarios, mejorados o legatarios. Así que, de darse la mencionada concurrencia, no se someterán a reducción las otras mejoras

---

<sup>467</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, tomo VI.2, *op. cit.*, págs. 1204 – 1205.

genéricas o de cantidad que hubieran sido ordenadas por el testador, sino solo la mejora en cosa determinada. El exceso que el mejorado en cosa cierta deberá pagar a los demás partícipes en la herencia, se definirá tomando en consideración el límite máximo del tercio de mejora. No importa que el valor de la cosa concreta quepa en la parte de legítima correspondiente al mejorado y en el tercio de mejora, es decir, que no exceda de este renglón. Al mejorado en cosa determinada le será siempre exigible la compensación, si en el tercio de mejora no caben todas las mejoras concedidas por el causante.

Desde nuestro punto de vista, para analizar el efecto de la concurrencia o choque entre una mejora en cosa determinada con otras disposiciones del testador, es preciso, como punto central, distinguir las consecuencias que se derivan de la aplicación del art. 829 del CC, si el bien concreto objeto de la mejora absorbe una parte del caudal hereditario mayor de la debida, y de los arts. 820.(1) y (2) y 887 del CC, que en esencia, y a pesar de sus particularidades, se relacionan con el mecanismo que se debe seguir para pagar los legados cuando no hay bienes hereditarios suficientes para pagarlos todos. Distinguir estos preceptos es medular porque desvelará las reglas que se deberán tener en cuenta, de acontecer el mencionado supuesto. Previo a atender este asunto, y por ser necesario para comprender mejor el mismo, nos parece importante destacar cuáles son los supuestos en los que se aplican, respectivamente, el art. 820 y el 887 del CC y cómo estos convergen entre sí.

De entrada podría parecer que existe una contradicción entre estos dos últimos preceptos que inciden en la reducción de legados, ya que el primero requiere que las mandas se reduzcan a prorrata, a menos que el testador hubiera establecido preferencias entre los legados, y el segundo sugiere que los reajustes entre las mandas se efectúen siguiendo el orden de prelación o preferencia establecido legalmente. Sin embargo, esta aparente antinomia se supera cuando se asume que la reducción a prorrata del art. 820.2 del CC solo se activa cuando las mandas han implicado una lesión a la legítima, es decir, al originarse un conflicto entre las relaciones de los legitimarios con los legatarios, y que el art. 887 del CC se aplica si surge una discrepancia en la relación entre los legatarios, debido a que todos los legados no pueden ser entregados porque la herencia no alcanza para ello.

De ahí que el art. 820.2 del CC únicamente se aplique cuando haya legitimarios a los que las concesiones del testador le hubieran afectado su porción legal. Mientras, el art. 887 del CC se puede aplicar habiendo o no legitimarios. Si no hay legitimarios, o habiéndolos no se lesiona su legítima, se determinará qué legados, en base a su grado de preferencia entre ellos, se satisfarán y cuáles no. De ser todos de la misma clase, y el testador no haber expresado su voluntad en cuanto a la preferencia entre ellos, se deberán abonar a prorrata. Si

hay legitimarios y los legados son de diversa naturaleza y estos, a su vez, afectan la legítima, inicialmente, se aplicará el art. 820.2 del CC, por lo que todas las mandas serán reducidas en igual proporción. Una vez garantizada la legítima y no restando bienes suficientes en la herencia para abonar todas las mandas que fueron objeto de una primera reducción por la aplicación del art. 820.2 del CC, estas se reajustarán, es decir, se reducirán nuevamente, según el orden de prelación fijado en el art. 887 del CC. Esta posibilidad de reajuste, sin embargo, no será viable si todos los legados previamente reducidos tienen similar naturaleza. Significa que ante legados de la misma naturaleza que afecten la legítima, solamente deberá aplicarse el art. 820.2 del CC. En otros términos, dichas mandas tendrán que ser reducidas a prorrata y no como resultado de la preferencia entre ellas.<sup>468</sup>

Retomando la distinción entre los preceptos comentados y el art. 829 del CC, debemos destacar que la porción inoficiosa de este último no resulta en quitarle eficacia a las otras disposiciones del causante, que a su voluntad podrían ser preferentes o de rango similar a esta modalidad de mejora. Esta parte continuará siendo de los beneficiados con estas disposiciones, salvo que el objeto con el que se pagarán será metálico extrahereditario abonado por el mejorado. En cambio, en el art. 887 del CC, al no haber bastantes bienes en la herencia, las disposiciones que sean preferentes les quitarán la eficacia plena a las demás porque la única forma de satisfacer las mismas es con los bienes hereditarios existentes.<sup>469</sup> Igualmente, la insuficiencia de bienes hereditarios unida a la afectación de la legítima activan la reducción a prorrata de los legados excesivos y la consecuente pérdida proporcional y parcial de eficacia entre ellos, ya que, también, a través del art. 820.2 del CC las mandas solo se pueden abonar con los bienes existentes en el caudal hereditario del causante. Todo este contraste se justifica en que, mientras, el art. 829 del CC promueve la reducción *ad valorem*, como norma excepcional, para asegurar que el mejorado reciba la integridad de la cosa cierta atribuida, sin que se afecte la eficacia de los derechos de los demás interesados en la herencia, los arts. 820 y 887 del CC viabilizan la regla general de la reducción ordinaria, es

---

<sup>468</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 820», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6037 – 6038; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 2003; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Artículo 887 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *op. cit.*, págs. 440 - 444; EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., «Artículo 887 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pág. 6475; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «Artículo 887 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S.A.U., 1<sup>a</sup> edición, 2010, págs. 991 - 992. En definitiva, la diferencia entre estos dos preceptos se puede resumir de la siguiente manera: mientras el supuesto del art. 820 del CC, y siguientes, se fundamenta en la incongruencia cuantitativa o cualitativa entre las legítimas y los legados, el que da base a la aplicación del art. 887 del CC es la discrepancia cuantitativa entre los legados. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *op. cit.*, págs. 221 - 222.

<sup>469</sup> Véase: ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, pág. 141.

decir, *in natura*, con respecto a la esencia física del mismo bien objeto del legado, ya sea de manera proporcional, entre todos, o total, para algunos. Puntualizar, además, que mientras con el art. 820. (1) y (2) se persigue subsanar la lesión cuantitativa de la legítima, originada por legados o donaciones inoficiosas, mediante la aplicación del art. 829 del CC esta no se afecta cuantitativamente, aunque se vulnera su intangibilidad cualitativa al permitir que el legitimario reciba su porción legal en metálico extrahereditario y no en bienes hereditarios. Precisamente, un condicionante a la viabilidad de esta excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima es que el mejorado en cosa cierta inoficiosa cumpla con abonar en efectivo la totalidad de la parte correspondiente a los legitimarios.

Una cosa es que el valor de un bien determinado absorba principalmente el caudal relicto en beneficio del mejorado y otra distinta es que no haya suficientes bienes hereditarios para cumplir con el exceso de mandas ordenadas por el testador. A esta última circunstancia, como mencionado previamente, se le debe aplicar el art. 887 del CC, de no haber legitimarios a los que se les afecte su porción legal, o, de haberlos y verse lesionada su legítima, el art. 820 del CC. El primer escenario, por su parte, se puede materializar en dos contextos. Por un lado, si el importe de la cosa cierta objeto de mejora excede de la cuota impuesta voluntariamente por el causante o la legal, que incluye el tercio de mejora y el de libre disposición más la parte de la legítima estricta que le corresponde al mejorado, reteniendo así el mejorado una diferencia excesiva que incide sobre los derechos de otros interesados en la herencia del causante. Situación que puede ocurrir si estamos ante el supuesto de una mejora de cuota con asignación de cosa determinada, el de una mejora de cosa cierta con señalamiento de cuota o el de una mejora de cosa cierta sin determinación de cuota. Por otro lado, si el valor de la cosa determinada, aun cabiendo dentro del límite legal o voluntario establecido, impide que se atiendan, parcial o totalmente, las otras disposiciones del testador limitadas en la misma cuota o tercio de la herencia. En otras palabras, la concurrencia o choque entre una mejora en cosa determinada y otras atribuciones otorgadas por el causante hace patente que el importe del bien concreto excede la cantidad necesaria para que todas las disposiciones del testador quepan en la cuota determinada para satisfacer las mismas. El resultado en ambos contextos es el mismo, la mejora en cosa determinada absorbe una amplia parte de la masa patrimonial, interfiriendo de esta forma con intereses legítimos que le pertenecen a los denominados demás interesados.

De ahí que opinemos que al supuesto de la concurrencia entre la mejora en cosa determinada, otorgada por vía de legado, con otras variedades de legados dispuestas por el testador, se le debe aplicar como ley especial, respecto a los arts. 820 y 887 del CC, el art.

829 del CC. Sintetizamos nuestros fundamentos con cuatro ideas principales. Primero, este precepto le confiere prioridad a la mejora en cosa cierta inoficiosa sobre cualquier otro tipo de legado. Razón por la que se permite que su inoficiosidad se reduzca en términos valorativos, en lugar de *in natura*. Segundo, la inoficiosidad de la mejora en cosa determinada no origina la ineficacia total o parcial de los intereses legítimos de las otras personas a las que el causante quiso beneficiar con su herencia, como sí ocurre con la aplicación de los arts. 820 y 887 del CC. Por esto, el mejorado en el objeto cierto debe cumplir con abonar la parte que voluntariamente el testador le otorgó a estos. Tercero, el art. 829 del CC cumple una triple finalidad: (1) imputar el valor de la cosa cierta a los respectivos tercios de la herencia correspondientes, conforme la cuota legal o voluntariamente definida por el causante; (2) que el mejorado se quede con la integridad del bien concreto; (3) que el exceso del valor de la cosa cierta con la que se beneficia al mejorado no vulnere los derechos que el testador voluntariamente, también, concedió a otras personas.

Cuarto, es nuestro parecer que el exceso del valor de la cosa determinada a la que alude el art. 829 del CC, comprende dos perspectivas que deben ser parte de su análisis. De un lado, la circunstancia o regla general, en la que se fundamenta principalmente este precepto, donde el importe del bien concreto excede de la cuota legal o voluntaria. Y, de otro lado, el contexto excepcional, aunque evidentemente factible y correlacionada con la regla general, en el que su valor supera en mayor o menor medida la cuantía precisa para que quepan las otras disposiciones del causante. Es decir, si su valor, en mayor o menor cantidad, impide que las otras atribuciones quepan en la cuota o tercio de la herencia en el que todas fueron fijadas. Clarificamos, sin embargo, que el análisis expuesto solo será aplicable, como mecanismo alternativo, si el testador no estableció unas reglas para el caso en que surgiera un choque entre la mejora en cosa cierta y otras de sus disposiciones. Si, previsoramente, el testador definió unas reglas, estas serán las que se deberán cumplir.

El razonamiento expuesto resulta, además, aplicable para el caso en que una mejora en cosa cierta concorra con otra disposición del causante, ya sea que solo la primera o ambas hayan sido otorgadas por vía de donación. La prioridad de esta modalidad especial de mejora sobre cualquier otro tipo de disposición se hace más evidente si esta fue conferida por vía de donación. A tal conclusión llegamos, al analizar de forma conjunta los arts. 829 y 820.1 del CC, siendo la esencia de este último que se respeten las donaciones si la legítima puede satisfacerse con la reducción de los legados o mandas dispuestas por el causante en su testamento.

Apuntamos, sin embargo, que tal primacía no implicará que el mejorado en cosa determinada, concedida por vía de donación, esté eximido de cumplir con su obligación de abonar la parte de los demás interesados en la herencia del causante, si su atribución colisiona con otra disposición concedida, asimismo, a título de donación, sea esta de fecha anterior o posterior a la misma. Justificamos nuestro criterio en la naturaleza del art. 829 del CC, que busca beneficiar al mejorado sin perjudicar a las otras personas que, también, fueron favorecidas por el testador con su caudal hereditario. Dicha esencia, consideramos, no es conciliable con la finalidad del art. 656 del CC, que faculta la reducción de donaciones inoficiosas en base a la fecha en que fueron atribuidas, es decir, de las más recientes a las más antiguas hasta que se satisfaga la legítima.

#### **G. Abono del exceso en metálico: posición jurídica del mejorado y demás interesados; garantías y consecuencias del impago**

Para que sea efectiva la conmutación de la legítima de los restantes legitimarios no favorecidos con la mejora, es necesaria la «declaración negocial» efectuada por el mejorante y el abono por parte del mejorado del exceso de valor de la cosa dejada.<sup>470</sup> Esta premisa levanta una serie de cuestionamientos. Primero, ¿qué posición jurídica tiene el mejorado en cuanto a la mejora de cosa determinada que excede de los límites establecidos por el art. 829 del CC?, es decir, ¿en qué concepto se le asigna esta modalidad de mejora al asignatario? Segundo, ¿qué posición jurídica mantienen el resto de los interesados, principalmente aquellos que sean legitimarios, en relación a la cosa objeto de mejora y al caudal relicto, en general? Tercero, ¿en qué momento se debe valorar la diferencia que el mejorado tiene que compensar a los demás participantes de la sucesión? Cuarto, ¿con qué garantías cuentan «los demás interesados» para recibir su parte en metálico? Quinto, ¿qué consecuencias habría si el mejorado incumple la obligación de pago del exceso de lo recibido? A continuación, proveeremos respuesta a cada una de estas interrogantes.

Respecto a la posición jurídica del mejorado y de aquel que debe percibir su parte en efectivo, existen corrientes doctrinales contrapuestas. De una parte, está la tesis

---

<sup>470</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., pág. 258. Un dato interesante es que para DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», op. cit., págs. 139 – 140, el art. 829 del CC no le imponía al mejorado una obligación ineludible de tener que pagar el exceso del valor de la cosa determinada. Su parecer era que se trataba más bien de una facultad que le competía exclusivamente a este. Sobre el particular, este autor expresa: «Que el artículo 829 diga que el mejorado “deberá abonar la diferencia en metálico a los demás interesados” sólo presupone que tiene la obligación de pagar esa diferencia si decide quedarse íntegramente con la mejora. Pero nada se opone a que opte por la reducción “in natura”, dado que prácticamente sea posible, si lo prefiere. ¿Por qué? Porque, sin duda, el artículo 829 está pensado desde el punto de vista del interés del mejorado...».

mayoritaria<sup>471</sup> que sostiene que, aun en el exceso, la asignación por el testador de la mejora en cosa determinada es una disposición modal. Lo que significa que la mejora se consume inmediatamente en beneficio del mejorado, aunque este, después de percibir la cosa, deberá cumplir el modo o la carga de tener que abonar en metálico el excedente de lo recibido. En ese sentido, a pesar de que la disposición testamentaria está sujeta a un modo impuesto por la ley, este no suspende los efectos de la misma, es decir, la adquisición del bien determinado a favor del asignatario desde la muerte del testador y, por lo tanto, su salida de la comunidad hereditaria, porque es una obligación que se debe cumplir luego de adquirir. De otra parte, está la tesis minoritaria<sup>472</sup> que sugiere que la efectividad del derecho sobre la mejora en cosa determinada está sujeta a la condición de que el mejorado cumpla con la carga legal que se le impone de tener que pagar en efectivo el exceso de lo que le correspondía a los demás participantes de la sucesión. Dentro de los partidarios de este segundo enfoque hay dos tendencias confrontadas.

Una que plantea que, en cada uno de los supuestos de pago en metálico de la legítima, la carga de abonar el exceso del valor de lo percibido es una *conditio iuris* lo que algún autor encauza como una verdadera condición suspensiva. Esto implica que la efectividad de la asignación, es decir, la adquisición de la propiedad sobre la cosa determinada, está sujeta al acontecimiento del evento futuro e incierto de la compensación en dinero de la parte de los demás legitimarios.<sup>473</sup> Más concretamente, otro estudioso puntualiza que la efectividad del derecho del mejorado sobre la cosa cierta está supeditada a que cumpla con la condición suspensiva de pagar el excedente de su valor sobre lo que realmente debía percibir. Ya que respecto a la cosa determinada no solo tiene interés el mejorado, sino que los denominados «demás interesados», también, tienen derecho a una fracción cuantitativa sobre la misma. De ahí que tenga un efecto dual en la partición el acto del mejorado de no satisfacer en metálico la parte del valor de la cosa cierta que le corresponde al resto de beneficiarios del causante. No se realizará la adjudicación del efectivo extrahereditario a favor de los otros interesados en la herencia, a cambio de su porción en el importe de la cosa determinada, ni tampoco se le

---

<sup>471</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 392 y 395, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes...», *op. cit.*, págs. 102 y 109, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer*, Tomo I, Vol. I *op. cit.*, págs. 251 y 261; ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, pág. 138; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», *op. cit.*, pág. 6169; CAMARA LAPUENTE S., «Artículo 829», en *Código Civil Comentado: Libro III De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad...*, *op. cit.*, Navarra, 2011, pág. 927.

<sup>472</sup> Entre los representantes de esta tendencia se encuentran: SCAEVOLA MUCIUS, Q.; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., DOMÍNGUEZ LUELMO, A., SUÁREZ SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>. y LÓPEZ JACOISTE, J. J.

<sup>473</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, págs. 1026 – 1029.



podrá adjudicar al mejorado la propiedad exclusiva del bien concreto objeto de la mejora. La lógica de este criterio se fundamenta en el análisis analógico del art. 1062 del CC que, en su primer apartado, establece que «[c]uando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero». Al asemejarse la expresión «a calidad» con la de «a condición» de que el excedente se compense en efectivo.<sup>474</sup>

Y otra que argumenta que, en referencia general a todas las circunstancias fácticas en las que se viabiliza el pago en metálico de la legítima, la obligación de compensar constituye una condición resolutoria. Esto significa que la titularidad de los mejorados sobre el bien objeto de la mejora es resoluble, de no cumplirse con emitir el pago en dinero de la porción correspondiente a los demás. Esta conclusión la mantienen algunos autores, aunque la mejora en cosa determinada se haya conferido a través de un legado, una institución de heredero *ex re certa* o con propósitos particionales.<sup>475</sup> Un criterio similar mantiene otro autor al argumentar, de manera más detallada, que el mejorado adquiere la cosa cierta desde la muerte del causante, ya sea que esta se hubiera otorgado con carácter de legado o de donación. Lo que implica que la cosa determinada sale de la comunidad hereditaria para incorporarse al patrimonio del mejorado.<sup>476</sup> La obligación de abonar el suplemento de valor del bien concreto al resto de los interesados, a pesar de entenderse conexas a la consumación de la mejora a favor del mejorado, se concibe como un evento posterior y no como un requisito que *ad initio* deja sin efecto la efectividad de la adquisición de la cosa cierta. Porque se visualiza como la lógica consecuencia de la percepción adicional del mejorado. No obstante, se entiende que la falta de compensación de esa diferencia sobre la que tienen derecho los no mejorados, constituye la causa o razón de ser de la resolución de la adquisición de la integridad de la cosa determinada por el mejorado, que viene a ser su efecto o lógico resultado. En la medida en que el art. 829 del CC le atribuye la cosa cierta por

---

<sup>474</sup> SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente y Totalmente Revisado y Puesto al Día*, tomo XIV, *op. cit.*, págs. 583 – 584.

<sup>475</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 196, «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 812 – 823. Otro partidario de esta visión es DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 68 y 74.

<sup>476</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 215 y 221 – 222. Este autor fundamenta su opinión, en cuanto a la mejora otorgada en concepto de legado, en el art. 882 del CC, que le confiere al legatario la propiedad del legado desde el momento de la muerte del testador. Mientras, respecto a las concedidas con carácter de donación se apoya en que estas se adquieren mucho antes de que se conozca si tienen o no efecto cuantitativo en la parte disponible de la herencia del causante. Por eso, plantea que el mejorado, en su condición de legatario, no solo puede anotar preventivamente el legado de cosa cierta, conforme los arts. 42.7 y 47 de la LH de 1946 y los arts. 147 al 154 del RH de 1947, sino que, incluso, puede ordenar su inscripción, de acuerdo al art. 83 del RH, texto que hoy día se ubica en el art. 81.

entero al mejorado, incluyendo el excedente perteneciente a los demás interesados, a su vez le impone obligaciones inherentes a la titularidad de la misma. Significa que este precepto le confiere al mejorado derechos y obligaciones inescindibles entre sí, por lo que el incumplimiento con los segundos impedirá que pueda beneficiarse de los primeros. En otras palabras, si el mejorado no paga el exceso de valor de la mejora a los que también tienen legítimos intereses en la cosa cierta, se resolverá el dominio que adquirió sobre el bien íntegro percibido. Ya que la única forma que tiene el mejorado para liberarse de este tipo de carga, calificada jurídicamente como una obligación *propter rem*, es renunciando a la percepción de la cosa objeto de la mejora.<sup>477</sup>

De las dos corrientes doctrinales mencionadas al inicio de este apartado, nos inclinamos por favorecer la minoritaria en la vertiente que considera que la obligación del pago en metálico impuesta al mejorado es una condición suspensiva. Entendemos que mientras el mejorado no abone en efectivo la legítima no habrá adquirido la propiedad exclusiva sobre el bien determinado, máxime cuando se trata de una mejora inoficiosa. Ello porque el abono del metálico extrahereditario constituye una condición de eficacia del supuesto de hecho. En ese sentido, los legitimarios que deben percibir su porción legal en dinero no solo se mantendrán como parte de la comunidad hereditaria, sino que además compartirán con el conmutante la cotitularidad de la cosa determinada objeto de mejora. Todo esto porque su derecho no fue individualizado. Esta situación terminará cuando el asignatario emita en efectivo el pago de lo que le corresponde a los demás interesados en la herencia. Solo ante ese hecho, el mejorado adquirirá, finalmente, la plena propiedad sobre el bien determinado.

Este análisis general lo hacemos extensivo tanto para el caso en que la mejora se hubiera realizado por legado como para el supuesto en que se hubiese efectuado por donación. Respecto al primero, no consideramos que el art. 882 del CC le conceda al

---

<sup>477</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, op. cit., págs. 215 – 221 y 224, cataloga como una obligación real la atribución en efectivo que el mejorado debe efectuarle a los demás interesados por el exceso de lo percibido, ya que es a través de esta que ellos hacen efectivos los derechos que les concedió la ley o la disposición testamentaria del causante, los cuales tienen eficacia real porque, de ordinario, se materializan sobre la misma cosa cierta. Por ejemplo, si los interesados fueran legitimarios, su derecho a la legítima estaría garantizado hasta su satisfacción con la afección real del patrimonio hereditario. Igualmente, si se trataran de no legitimarios su interés, también, tendría eficacia real porque estaría conectado con el bien concreto objeto de la mejora, en la medida en que su derecho a determinadas percepciones recaería sobre el exceso del valor de la cosa. Siendo así, los no mejorados cuentan con eficacia real para exigirle al mejorado el cobro en efectivo del suplemento de lo que hubiera percibido. Además, como la atribución íntegra de la cosa al mejorado es la causa de que el derecho de los interesados se compense con dinero extrahereditario en lugar de en la cosa cierta, su incumplimiento con el abono en metálico será excusa suficiente para que los afectados hagan uso de sus acciones reales para que su parte le sea pagada con el bien específico, que resulta ser el medio originario y natural.

mejorado la propiedad absoluta de la cosa adjudicada por testamento desde el momento de la muerte del testador, ya que esta norma no es aplicable ante un contexto de inoficiosidad, que es precisamente el que se prevé con el supuesto del art. 829 del CC. La adquisición automática de la propiedad del objeto legado que se puede conseguir a través del art. 882 del CC, está supeditada a que su valor no exceda de la porción que el testador puede legalmente disponer, que en el caso de un descendiente mejorado se extiende al segundo y tercer tercio de la herencia y a su parte en el tercio de legítima estricta, si resulta que, además, es un legitimario, y, en definitiva, a que se respete la legítima.<sup>478</sup> Contexto que, recalcamos, no se da ante la figura jurídica de la mejora en cosa determinada. Tampoco cabría aplicarse el art. 881 del CC, que de igual manera establece que a partir de la apertura de la sucesión se puede adquirir el derecho a los legados puros y simples, porque la titularidad del mejorado depende de que se cumpla la condición suspensiva de que se pague en metálico extrahereditario el exceso de lo percibido. De manera que hasta que el mejorado no satisfaga dicha condición, se mantendrá en la comunidad hereditaria con aquellos que tienen que percibir su legítima en efectivo y junto a estos será copropietario del bien determinado legado.

En cuanto a la segunda circunstancia, hay que tomar en consideración ciertos matices importantes que surgen del análisis combinado del art. 829 del CC y algunos de los preceptos que tienen que ver con la regulación de la figura jurídica de la donación. Evidentemente, la voluntad de donar, que sustancialmente difiere de la que se manifiesta por testamento, no puede infringir la legítima porque esta no existía en el momento en que aquella se manifestó. Significa que si la mejora en cosa determinada se hizo por donación, esto es, antes de conocerse su carácter inoficioso, el donatario habría adquirido la propiedad del bien objeto de la mejora desde el momento en que la aceptó. En principio, este tipo de negocio jurídico *inter vivos* será válido y eficaz, siempre que se hubiera cumplido con las reglas y formalidades del mismo. Ya que salvo el límite previsto en el art. 634 del CC, en cuanto que al hacer donaciones el donante debe reservarse para sí, en propiedad o en usufructo, los bienes que sean necesario para vivir conforme a sus circunstancias, no existe norma que impida que el causante pueda donar todos sus bienes presentes o parte de ellos. En cambio, es la voluntad testamentaria, una vez esta adquiere eficacia, la que puede chocar con la limitación de la legítima. Ello implica que no será hasta la muerte del donante, al determinarse las personas que son legitimarias y definirse el patrimonio hereditario,

---

<sup>478</sup> Véase: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 309 - 310, «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, pág. 109, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, *op. cit.*, págs. 1109 – 1110; SAP de Madrid, núm. 118, de 16 de abril de 2018, *supra.*; SAP de las Palmas, núm. 459, de 25 de noviembre de 2016, *supra.*; SAP de Cáceres, núm. 344 de 19 de diciembre de 2013, *supra.*

sumando, de acuerdo al art. 818 del CC, el valor de las donaciones al *relictum*, es decir, al valor líquido de los bienes hereditarios, cuando se podrá apreciar con exactitud si la mejora concedida con carácter de donación resulta inoficiosa. En otros términos, si la liberalidad se excedió del límite del respeto a las legítimas que es el que se persigue a través del art. 636 del CC, cuando se establece que ninguna persona está facultada para dar o recibir por donación más de lo que pueda proporcionar u obtener por vía testamentaria.<sup>479</sup>

Si al momento de la muerte del donante se determina que la mejora de cosa cierta del art. 829 del CC otorgada con carácter de donación lesiona el derecho legitimario de los perceptores del metálico, dicho título se tornará en uno especialmente débil porque los afectados podrían instar la acción de reducción de donaciones inoficiosas, que está regulada en los arts. 654 al 656 del CC, vistos en relación con el aludido art. 636 del CC. Este recurso es uno de los remedios que el CC provee para salvaguardar el principio de intangibilidad de la legítima. Es decir, uno de los medios con los que cuenta el heredero forzoso para que en defensa de su cuota legal pueda exigir que su título sucesorio prevalezca frente al del donatario.<sup>480</sup> De manera que la reducción por inoficiosa no opera *ipso iure*, sino a petición del legitimario afectado, según el art. 655.1 del CC, una vez se hubiera determinado su medida, a partir de la apertura de la sucesión del donante.<sup>481</sup>

---

<sup>479</sup> RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. E., «Art. 654 del CC», en *Código Civil Comentado*, (dirs.) A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Vol. II, Libro III, Ed. Aranzadi, S.A., 2ª edición, Navarra, 2016, pág. 223; GARCÍA PÉREZ, R., *La Acción de Reducción de Donaciones Inoficiosas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 127, 262 y 265; DE LOS MOZOS, J. L., *La Donación en el Código Civil y a través de la Jurisprudencia*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2000, págs. 391, 393 y 395; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La Legítima en la Sucesión Intestada en el Código Civil*, op. cit., págs. 64 – 65; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, op. cit., pág. 391; ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *La Donación*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, págs. 852, nota 1 bis, y 853; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, op. cit., pág. 1168; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Arts. 654 – 656», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4992, 4993, 4995, 4996 y 4999; STS núm. 984 de 23 de octubre de 2002, Sala Civil, (RJ 2002/9481); SAP de Sevilla de 6 de junio de 1997, Sección 5ª, (AC 1997/2486).

<sup>480</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 654 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S. A. U., 1ª edición, Valladolid, 2010, pág. 766; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. E., «Art. 654 del CC», op. cit., pág. 223; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «La Naturaleza de la Legítima», op. cit., 889; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Arts. 654 – 656», op. cit., pág. 4994; GARCÍA PÉREZ, R., *La Acción de Reducción de Donaciones Inoficiosas*, op. cit., págs. 133 – 134. Véase: STS de 17 de marzo de 1989, Sala Civil, (RJ 1989/2161); STS núm. 171 de 28 de febrero de 2002, Sala Civil, (RJ 2002/4148), donde se expresa que ante la ausencia de bienes hereditarios para satisfacer la cuota legal de los herederos forzosos, la donación tiene una validez limitada y, por tanto, sometida a la disciplina de reducción por inoficiosa.

<sup>481</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 654 del CC», op. cit., pág. 767; GARCÍA PÉREZ, R., *La Acción de Reducción de Donaciones Inoficiosas*, op. cit., págs. 263 – 266 y 298; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, op. cit., págs. 1167 – 1168; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, op. cit., págs. 391 – 392.

Este derecho potestativo a ejercitar la aludida acción y su efectivo ejercicio tienen como consecuencia la ineficacia sobrevenida de la donación - mejora realizada, en la medida necesaria para el respeto de las legítimas, si finalmente se declara su inoficiosidad.<sup>482</sup> Se trata de que con la determinación de reducción se suprime la eficacia de la donación en cuanto a la extensión que estuviera lesionando la porción legal del legitimario afectado. Más concretamente, que la mejora concedida a título de donación deberá reducirse en su exceso y mantenerse en la parte que no sea inoficiosa. Ya que el presupuesto de la reducción es, precisamente, el perjuicio legitimario o, lo que es lo mismo, la existencia de una lesión o insuficiencia en la legítima.<sup>483</sup>

De ninguna forma, su efecto tiene que ver con que dicho exceso inoficioso era nulo, total o parcial, desde el principio. Esa donación – mejora del art. 829 del CC es válida y plenamente eficaz durante la vida del donante, a menos que no lo sea por una razón diferente a la inoficiosidad. Lo que significa que el donatario es dueño y poseedor de buena fe de la cosa donada y de los frutos que esta hubiera producido hasta que, como resultado de la acción instada, llegue el momento de su reducción. De manera que solo si la acción de reducción prospera, el donatario deberá devolver a la masa hereditaria tanto el exceso como los frutos correspondientes a este, debiéndose estos últimos retroactivamente a la fecha de la interposición de la demanda.<sup>484</sup> Conforme se desprende del art. 651.1 del CC, donde se

---

<sup>482</sup> Sin que venga al caso discutir aquí acerca de la rigurosa naturaleza jurídica de esta clase de privación de eficacia que resulta ser la situación de reducción por inoficiosidad, sirva señalar que tradicionalmente se ha estimado que su carácter es rescisorio. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, *op. cit.*, págs. 1170 – 1172 y nota 86; ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *La Donación*, *op. cit.*, pág. 853; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «La Naturaleza de la Legítima», *op. cit.*, 893; GARCÍA PÉREZ, R., *La Acción de Reducción de Donaciones Inoficiosas*, *op. cit.*, págs. 251 – 259 y 260 - 266, entendiendo que la acción de reducción por inoficiosidad es una acción rescisoria, pero en un concepto amplio y propio que se fundamenta en la protección de la legítima; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Arts. 654 – 656», *op. cit.*, pág. 5000; DE LOS MOZOS, J. L., *La Donación en el Código Civil y a través de la Jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 409; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> E., «Art. 654 del CC», *op. cit.*, pág. 224. Véase, además, STS núm. 984 de 23 de octubre de 2002, *supra*.

<sup>483</sup> GARCÍA PÉREZ, R., *La Acción de Reducción de Donaciones Inoficiosas*, *op. cit.*, págs. 51 – 52, 134, 238, 240, 255 y 259 - 260; ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *La Donación*, *op. cit.*, págs. 852; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 391; DE LOS MOZOS, J. L., *La Donación en el Código Civil y a través de la Jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 393; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> E., «Art. 654 del CC», *op. cit.*, pág. 224. Véase, además, STS núm. 124 de 22 de febrero de 2006, Sala Civil, Sección 1<sup>a</sup>, (RJ 2006/900).

<sup>484</sup> Véase: GARCÍA PÉREZ, R., *La Acción de Reducción de Donaciones Inoficiosas*, *op. cit.*, págs. 237, 240, 263 y 297 - 298; DE LOS MOZOS, J. L., *La Donación en el Código Civil y a través de la Jurisprudencia*, *op. cit.*, págs. 392, 393, 394, 395, 408 – 409, 411 y 414; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, *op. cit.*, págs. 1155 - 1156 y 1166, nota 65, haciendo alusión a la RDGRN de 21 de agosto de 1893; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La Legítima en la Sucesión Intestada en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 64 y 65; ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *La Donación*, *op. cit.*, págs. 852, nota 3 de la pág. 853 y 855; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 654 del CC», *op. cit.*, pág. 767; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «La Naturaleza de la Legítima», *op. cit.*, 889 y 893; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> E., «Art. 654 del CC», *op. cit.*, pág. 228;

expresa que si una donación se reduce por inoficiosa, el donatario no tendrá que devolver los frutos, sino a partir de la fecha en que se interpuso la acción de reducción.

Más concretamente, esta determinación judicial de reducción propiciará que en beneficio del legitimario accionante se considere como parte de la masa partible al exceso inoficioso del bien que fuera objeto de la donación – mejora del art. 829 del CC, pero sin que este se confunda con la herencia. Es decir, que el bien afectado se entenderá hereditario en interés de los legitimarios o, lo que es lo mismo, al solo efecto de cubrir la cuota hereditaria a favor del legitimario conmutado. Por lo que, ni los acreedores ni los otros sucesores, sino exclusivamente él, podrán aprovecharse del mismo.<sup>485</sup> En definitiva, que entre el mejorado y los legitimarios no adjudicatarios se origina una copropiedad respecto al bien que fue objeto de la donación – mejora del art. 829 del CC. Además de que los efectos de esta reducción tienen trascendencia respecto a terceros, según se desprende del estudio combinado de los arts. 651 y 649 del CC, desde que en el Registro de la Propiedad se inscriba la anotación preventiva de la demanda, según permitido por el art. 42.1 de la LH de 1946, mediante la que se ejercitó esta acción.<sup>486</sup>

Destacar que en nuestro caso esa reducción será en valor en vez de *in natura*, porque se trata de una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima que posibilita que la cuota legal del conmutado sea pagada en metálico extrahereditario, por

---

LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, op. cit., pág. 393; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Art. 636», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 4851, «Art. 651», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 4981, «Arts. 654 – 656», op. cit., pág. 4995, destacando que la validez de la donación está presupuesta en la reducción, y la pág. 5000. Véase, también, STS núm. 607 de 15 de junio de 2007, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2007/5122); STS núm. 984 de 23 de octubre de 2002, *supra.*; SAP de Sevilla de 6 de junio de 1997, *supra.*; STS de 29 de mayo de 1991, Sala Civil, (RJ 1991/3943).

<sup>485</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, op. cit., pág. 1172. Por su parte, hay otros autores que son del criterio de que el producto de la reducción pasa directamente al patrimonio del legitimario perjudicado. Véase: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, op. cit., pág. 35 – 36; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, op. cit., pág. 392; GARCÍA PÉREZ, R., *La Acción de Reducción de Donaciones Inoficiosas*, op. cit., págs. 314 – 315; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «La Naturaleza de la Legítima», op. cit., 889; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Artículos 654 - 656 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dir.) M. Albaladejo García, Tomo VIII, Vol. II, Ed. Edersa, D. L., Madrid, 1990, pág. 6, versión electrónica en V/LEX, <https://app.vlex.com/#ES/sources/677>, bajada de internet el 15 de mayo de 2019; ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *La Donación*, op. cit., pág. 859; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª E., «Art. 654 del CC», op. cit., pág. 229; STS núm. 502 de 2 de octubre de 2014, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2014/4714).

<sup>486</sup> GARCÍA PÉREZ, R., *La Acción de Reducción de Donaciones Inoficiosas*, op. cit., pág. 252; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª E., «Art. 654 del CC», op. cit., pág. 228; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, op. cit., págs. 1171 y 1173; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», op. cit., pág. 815.

causa de que la cosa objeto de donación – mejora no es susceptible de división.<sup>487</sup> El donatario mejorado estará obligado a pagar en dinero extrahereditario el exceso de lo recibido al resto de interesados en el caudal relicto. Somos del criterio de que hasta que esa obligación no se cumpla, los legitimarios perceptores del metálico no solo formarán parte de la comunidad hereditaria, sino que compartirán con el mejorado la propiedad de la cosa adjudicada. Únicamente el cumplimiento de esa condición suspensiva hará que el mejorado vuelva a convertirse en propietario pleno de la cosa cierta adjudicada. Ello porque la cuota de los legitimarios no adjudicatarios está protegida hasta su satisfacción con la naturaleza de la legítima que es *pars bonorum*.

Con relación a la forma de abonar el exceso a los demás interesados, de entrada, es conveniente aclarar que si bien es cierto que el art. 829 del CC permite que la legítima sea pagada en dinero, no es menos correcto que existe unanimidad en la doctrina en cuanto a la interpretación de que el efectivo que debe ser abonado por el mejorado no proviene de la herencia.<sup>488</sup> Es decir, se trata de metálico extrahereditario. Afirmación que resulta evidente porque si hubieran suficientes bienes en la herencia, incluyendo dinero hereditario, no habría problema alguno porque la mejora no sería inoficiosa.

Ahora bien, para calcular el valor de la cuantía que el mejorado debe proveerle a los legitimarios, es necesario cumplir con dos etapas.<sup>489</sup> Primero, conforme al art. 818 del CC,

---

<sup>487</sup> RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. E., «Art. 654 del CC», *op. cit.*, pág. 228; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 654 del CC», *op. cit.*, pág. 767; GARCÍA PÉREZ, R., *La Acción de Reducción de Donaciones Inoficiosas*, *op. cit.*, págs. 275 y 280; DE LOS MOZOS, J. L., *La Donación en el Código Civil y a través de la Jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 415.

<sup>488</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, pág. 610; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 115; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 256 - 258. Sobre la posibilidad de pago en metálico de la legítima que se viabiliza a través del art. 829 del CC, es importante destacar que la aplicación y el resultado práctico de este precepto fue analizado de forma extensiva por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, págs. 136 – 137, «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 934. Al respecto, este autor indicaba: «De todo lo expuesto resultaba evidente, al menos para mí, que el testador, incluso aunque no se estuviere en el supuesto especialmente contemplado por el artículo 829, podía disponer el pago en metálico de la legítima de sus herederos forzosos, siempre que quedasen en poder de uno de ellos, como mínimo, los bienes integrantes del *as* hereditario o bienes que cubriesen el valor de los dos tercios en que consiste la legítima larga». De esta conceptualización extensiva discrepó, siempre, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer*, Tomo I, Vol. I, *op. cit.*, pág. 230, «Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 385, porque consideraba que el art. 829 del CC no representaba una regla general del pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes legitimarios, sino, más bien, que era una norma excepcional.

<sup>489</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 387 – 388, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer*, Tomo I, Vol. I, *op. cit.*, págs. 211 – 212 y 242 - 244, «Apuntes de Derecho Sucesorio II (Posición y Derechos de los Legitimarios en el Código Civil)», en A.D.C., fascículo 4, 1951, págs. 1453 y 1455; ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, pág. 137; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, pág. 189; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 897 - 898; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1577; CAMARA LAPUENTE S., «Artículo 829», en *Código*

se debe fijar la legítima tomando en consideración el valor que tengan los bienes de la herencia al momento de la muerte del testador, descontando las deudas y sumando lo donado. Esto es, calculando el caudal relicto. Segundo, el valor de la legítima alcanzado será revalorado al momento de su satisfacción, considerando las alteraciones favorables y adversas que hubieran sufrido los bienes del patrimonio hereditario, por causa de factores naturales y externos. En otro sentido, si bien la legítima, conforme el propósito del art. 818 del CC, queda fijada en una participación de la herencia a la fecha del deceso del testador, su importe en dinero o expresión dineraria deberá fijarse tomando en consideración esa misma participación, pero tasada nuevamente en el instante de su pago, como resulta del art. 1074 del CC. Esto para evitar que quienes vayan a recibir el pago de su legítima en efectivo se vean perjudicados tanto por las fluctuaciones en el valor de la moneda, es decir, en el poder adquisitivo del dinero, como por las variaciones en el valor de los bienes hereditarios, surgidas desde el momento de la muerte del causante hasta el día en que finalmente se hace el mismo. De lo contrario, el dinero extrahereditario abonado no sería equivalente al valor real de la parte de los bienes cuya satisfacción *in natura* pretende sustituir y, por ende, compensar.

Dos cuestiones, una general y otra específica, validan la postura que asumimos. Por un lado, la aplicación del art. 818 del CC no convierte a la legítima en una cifra o valor nominal invariable, tanto si esta se satisface *in natura* como si, en los casos que la ley lo permite, se abonara su equivalente en metálico no hereditario. La idea de determinar el valor de la legítima al momento de la muerte del causante, solo tiene la intención de precisar aquellos legados y donaciones que son inoficiosos y de identificar la medida en que lo son. A través del art. 818 del CC lo que se fija de manera estable es la masa líquida, es decir, el contenido del caudal y de su activo libre, de la que la legítima habrá de deducirse de forma proporcional y material. Como la legítima, según el art. 806 del CC, es una porción de bienes, su valor no puede fijarse para quedarse inamovible, sino que solo puede determinarse en relación a un momento dado. Cálculo que no puede implicar la petrificación del valor de la legítima

---

*Civil Comentado: Libro III De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad...*, op. cit., Navarra, 2011, pág. 927. Véase, además, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*, op. cit., págs. 826 – 827 y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, op. cit., pág. 74. Sobre este asunto, y ante la hipótesis de que al mejorado se le hubiera adjudicado la empresa familiar, se comenta que pudiera provocar un problema de liquidez el hecho de que, mediante el art. 829 del CC, no se establece un aplazamiento para que el favorecido por el testador emita el pago en metálico de las legítimas. DÍEZ SOTO, C. M., op. cit., pág. 25. Es cierto que el art. 829 del CC no permite que el testador pueda establecer un término para que el mejorado emita el abono del exceso de lo recibido o pueda fraccionar el pago. Incluso, tal impedimento se hace patente también en el art. 813 del CC que, en lo pertinente, dispone que el testador «...no podrá imponer ... [sobre la legítima] gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie...». Esto debido al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Sin embargo, sí es permisible que las propias partes acuerden establecer aplazamiento o fraccionen el pago en efectivo no hereditario de las legítimas.



porque como parte del haber que es, esta tendrá que sufrir las alteraciones de valor que padezcan los bienes hereditarios. Por otro lado, hasta que el mejorado no haya pagado en metálico la parte que le corresponde al legitimario no adjudicatario, la legítima variará de manera proporcional a las alteraciones que sufran los bienes hereditarios y, en concreto, de las padecidas por el que fue objeto de la mejora. No olvidemos que el legitimario conmutado no percibe el efectivo para satisfacer una legítima que se conceptúa como un mero derecho a un valor, sino, más bien, como el pago que viene a sustituir su cuota reservada en el activo.<sup>490</sup>

Hay quienes opinan que lo señalado se exceptúa ante el hecho de que «...de común acuerdo los legitimarios y herederos concretaran la suma por pagar, traduciéndola en moneda y aplazando su pago, por el motivo que fuere, garantizando o no su efectividad».<sup>491</sup> Esto debido a que tal acto implicaría una concreción e individualización de bienes, que excluiría al perceptor del metálico de la cotitularidad del caudal relicto y, por tanto, lo exceptuaría del efecto de las variaciones que estos tuvieran en su valor. Sin embargo, se ha argumentado también que, aun ante este supuesto fáctico, de suscitarse «...una pérdida muy importante del poder adquisitivo de la moneda[,] procedería aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*».<sup>492</sup> Tal planteamiento nos parece no solo acertado sino justo, considerando que el legitimario que tiene que percibir su porción legal en dinero extrahereditario no es de menor categoría que aquel que la recibe *in natura*. Por último, comentar que la determinación del importe de la diferencia que el mejorado, a causa del exceso de lo percibido, debe abonar en metálico a los demás interesados, puede obtenerse mediante el acuerdo de ambas partes, por el contador partidor o judicialmente, ya sea a través de un juicio de testamentaria o el declarativo instado para ese propósito.<sup>493</sup>

Como es más que evidente, desde el punto de vista del legitimario que debe recibir su porción legal en dinero extrahereditario, la aplicación del art. 829 del CC implica una afectación del principio de intangibilidad cualitativa en la vertiente que establece que esta

---

<sup>490</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 893 – 894 y 897; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 388 y nota 39, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer*, Tomo I, Vol. I, *op. cit.*, págs. 209 – 211 y 244, «Apuntes de Derecho Sucesorio II (Posición y Derechos de los Legitimarios en el Código Civil)», en A.D.C., fascículo 4, 1951, págs. 1454 – 1456.

<sup>491</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 389, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes...», *op. cit.*, pág. 95.

<sup>492</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, págs. 137 - 138.

<sup>493</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 387; ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, págs. 137 -138; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1577; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 67.

debe percibirse en bienes hereditarios. Ante tal realidad, son especialmente importantes las garantías procesales y registrales que la normativa le provea, principalmente, a dicho legitimario y, generalmente, al extraño. Sobre este aspecto, la doctrina ha hecho diversas reflexiones.

Por un lado, entre los autores que defienden que la carga impuesta al mejorado tiene carácter modal, algunos opinan que los perceptores del metálico, sean legitimarios o no, por ser acreedores, solo podrán reclamar el abono de la cantidad adeudada o pedir la devolución de lo recibido por el asignatario, junto con sus frutos e intereses, conforme se dispone en el art. 797 del CC. En ese sentido, en el caso particular de los legitimarios, estos no podrían hacer uso de la afección real sobre el bien determinado objeto de mejora.<sup>494</sup> En cambio, otros autores, también favorecedores de que la obligación de pagar que tiene el mejorado es un modo, sostienen que el derecho de los no legitimarios, por ser simples acreedores, solo está protegido a través del contenido del art. 797 del CC, pero que en el caso de los legitimarios, en tanto la legítima no sea pagada, su derecho está asegurado no solo por esta normativa, sino también por la «...afección real de la reserva del artículo 806 [que] presupone ... la eficacia real del “modus”, que grava al asignatario de la explotación o de la cosa objeto de la mejora o el legado, eficacia que alcanza incluso a los terceros adquirentes registrales por el juego de la mención prevista en el artículo 15 LH».<sup>495</sup>

Por otro lado, entre los autores que consideran que la mejora asignada está sujeta a la condición de que el mejorado efectúe el pago de la legítima en metálico, hay consenso en cuanto a que los legitimarios perceptores del metálico tienen protegido su derecho con la reserva de la cuota del art. 806 del CC, que persistirá hasta que su parte le sea satisfecha.<sup>496</sup> Incluso, fundado en esta premisa, se ha comentado que los legitimarios que tienen que

---

<sup>494</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 829», *op. cit.*, pág. 6169; DÍEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, pág. 26, aunque no se posiciona respecto a si la carga de pagar el exceso es modal o condicional.

<sup>495</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 395 – 396, «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes...», *op. cit.*, pág. 110, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer*, Tomo I, Vol. I, *op. cit.*, págs. 248 y 262; ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, *op. cit.*, pág. 139; CÁMARA LAPUENTE S., «Artículo 829», en *Código Civil Comentado: Libro III De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad...*, *op. cit.*, Navarra, 2011, págs. 927 - 928. Véase, además, ZURILLA CARIÑANA, M<sup>a</sup>. A., «Comentario al Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1156 – 1157, siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 395 – 396; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1518, sin expresar si la obligación de pago constituye un modo o una condición; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 827, tampoco se expresa respecto a la naturaleza de la carga.

<sup>496</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, págs. 195 - 196, «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 802 – 823; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 68 y 74; SUÁREZ SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, págs. 1026 – 1027; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, pág. 217.

percibir su porción legal en metálico «...deberán intervenir en la partición (necesaria) y consentirla, podrán promover el juicio de testamentaría y, finalmente, podrán dirigirse contra terceros a los que el mejorado haya transmitido aquélla (lo mismo si se trata de titulares de derechos reales limitados) antes de la liquidación de la herencia y pago de las legítimas».<sup>497</sup> Sin embargo, en ese sector hay algunas discrepancias respecto a las garantías registrales. Algunos opinan que el derecho de los legitimarios perceptores del metálico puede acceder al Registro de la Propiedad a través de la mención del art. 15 de la LH.<sup>498</sup> Mientras, otros consideran que la propia garantía de la condición puede inscribirse en el Registro de la Propiedad.<sup>499</sup>

---

<sup>497</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 823. Este autor realiza su análisis en cuanto a tres posibles situaciones fácticas. Primero, si la mejora se otorgó a través de un legado, es su parecer que: «La plena eficacia de la disposición del testador queda así condicionada por el pago. El legatario no podrá tomar posesión de la cosa legada por su propia autoridad, y los legitimarios podrán oponerse a la entrega. La inscripción, mientras el mejorado no abone lo que proceda, debe también rechazarse. Sigue sin ser aplicable el artículo 15 de la Ley Hipotecaria. Es obvio que el legado-mejora, por importante que sea el objeto legado en relación al caudal hereditario, no impide a los herederos forzosos interponer el juicio de testamentaría». Segundo, si la mejora se confirió por medio de una institución *ex re certa*, es su criterio que si esta «...no se opera a través de una verdadera partición testamentaria, los legitimarios podrán entablar el juicio de testamentaría, con lo cual sitúan los bienes (y también el que ha sido objeto de la mejora) fuera del poder del mejorado, a consecuencia de la administración judicial, que se les garantiza plenamente frente al riesgo de eventuales enajenaciones. En caso contrario (o sea, cuando la mejora forme parte de una partición testamentaria propiamente dicha), debe estimarse que la partición no queda consumada hasta el pago..., y, de faltar ése, el legitimario podrá exigir su cuota reservada (lo que determinará la ineficacia total o parcial de la partición) y pedir al Juez que adopte las medidas precautorias que procedan, dada la naturaleza de los bienes. La inscripción, en el primer supuesto, no la estimo viable. En el segundo, podría obtenerse, posiblemente, a través del artículo 15 de la Ley Hipotecaria...». Tercero, si la mejora se realiza mediante una adjudicación con fines particionales, este autor opina que no habrá problemas para el legitimario perceptor del metálico, en término de las garantías a su derecho. Esto debido a que «[l]a disposición del testador no constituye una partición propiamente dicha, ni opera la atribución directa de la cosa objeto de la disposición al mejorado. Sólo es la orden de que aquélla se le adjudique en la división de la herencia». DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 818, 820 – 821.

<sup>498</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 68.

<sup>499</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>, *op. cit.*, pág. 1030; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Mejora en Cosa Determinada*, *op. cit.*, págs. 222 – 225, opina que como la titularidad adquirida por el mejorado está configurada tanto por su percepción de la totalidad de la cosa cierta como por la carga de abonar el exceso de valor de lo percibido a los demás interesados, lo que denomina como una obligación *propter rem* por estar atada a la cosa misma, lo que, por ende, se relaciona con el derecho que estos tienen a cobrar su parte en efectivo, estos elementos característicos deben reflejarse de la inscripción o anotación del bien inmueble concreto. De manera que se pueda comprender el alcance del derecho del mejorado. De ahí que crea que la mejor forma de proteger registralmente los derechos de esos interesados que tienen trascendencia real, tomando en consideración el hecho de que es indivisible el condicionamiento legal a través del cual el mejorado adquiere la cosa determinada, es haciéndolos constar en la inscripción como una condición resolutoria del impago del exceso de lo percibido por el beneficiado con la mejora. Significa que hasta que el mejorado no evite el surgimiento de esta condición, mediante el pago en dinero extrahereditario, los derechos pendientes del resto de los interesados servirán para limitar la adquisición de su definitiva titularidad sobre el bien concreto. Todo debido a que la cosa determinada está afectada, de modo real, a la realización del pago del efectivo a favor de los demás interesados. Por eso, la constancia del derecho de los interesados al cobro de la diferencia en metálico no solo producirá efectos contra el mejorado, sino también contra terceros.

Estamos de acuerdo con que el derecho de los legitimarios no mejorados se garantiza, hasta el instante de su satisfacción por el mejorado, a través de la afección real que provee la reserva del art. 806 del CC, la cual grava al asignatario de la mejora en cosa determinada. Afección real que en el caso de una mejora en cosa determinada otorgada a título de donación, y estando en la fase de anotación preventiva de demanda de reducción en su contra, se hace extensiva a terceros mediante los arts. 42.1, 42.6, 46 y 15 de la LH de 1946 y los arts. 84, 146 y 206.11 del RH de 1947. Y que una vez obtenida sentencia declarando su inoficiosidad, la trascendencia respecto a terceros se alcanzará mediante los arts. 9 (c), 14 y 23 de la LH de 1946 y los arts. 51.6, 80.1(a), 80.2 del RH de 1947, aplicado en términos analógicos, que permiten que la condición suspensiva del pago extrahereditario pueda acceder al Registro de la Propiedad. Mientras, en el caso de aquella que se otorga con carácter de legado, la afección real se hará manifiesta respecto a terceros a través de diversos preceptos de la LH de 1946 y del RH de 1947, dependiendo si se asume la postura de que el adjudicatario no adquiere la propiedad plena del bien porque al tratarse de un legado inoficioso no resulta aplicable el art. 882 del CC o si se opta por el razonamiento de que ello sucede por causa de que el pago en metálico es una condición suspensiva. En cuanto al primero, la aplicación de la reserva legal del art. 806 del CC se extendería a los terceros adquirentes registrales mediante los arts. 42.6, 46 y 15 de la LH. En cambio, ante el segundo dicha trascendencia se lograría a través de los diversos preceptos de la LH de 1946, los arts. 9 (c), 14 y 23, y de su RH de 1947, los arts. 51.6, 80.1(a), 80.2, aplicado en términos analógicos, el 81 (b) o el 81 (c), que permiten que la condición suspensiva pueda acceder al Registro de la Propiedad. Tal consideración, en el caso de que se hubiese viabilizado que el mejorado inscribiera a su favor, pero sujeto a la condición suspensiva, el bien objeto de mejora. Acción que, entendemos, no debería posibilitarse hasta que el asignatario compensara en efectivo no hereditario la legítima. Perspectiva que nos parece más coherente con el hecho de que la naturaleza de la legítima del Código Civil común es en esencia *pars bonorum*. Más aún cuando la facultad de retención del art. 885 del CC sirve de garantía a la cuota legal del legitimario, puesto que, por un lado, le permite conservar el bien legado hasta que en la etapa de la liquidación de la herencia se valide que no es inoficioso y, por otro lado, asegura que la acción de reducción tenga eficacia frente a terceros.<sup>500</sup> En fin, la consecuencia de lo señalado es que si el mejorado, ya sea en el supuesto de cosa determinada otorgada a título de donación o de legado, no emite el pago de la parte afectada a los legitimarios, estos

---

<sup>500</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 816 - 817.

«...podrán actualizar su derecho a recibir bienes hereditarios y reclamar su legítima *in natura*».<sup>501</sup>

Como se ha establecido previamente, la afectación al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima constituye una excepción a la regla general de que esta debe ser pagada y cobrada en bienes hereditarios. Más aún, la misma es el resultado de la evolución normal que comienza a manifestar este principio debido al interés del legislador de que, por un lado, se respete la voluntad expresa o implícita del testador y, por otro lado, se facilite la organización y distribución sucesoria, evitando aquella comunidad de bienes que solo puede terminarse a través de la división *in natura*. La idea subyacente es que se mantenga la integridad del bien para favorecer la estabilidad económica y social.

### § 3

#### **EXPOSICIÓN DOCTRINAL SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA PAGADA EN DINERO EN BASE A UN CRITERIO OBJETIVO Y CONCRETO**

Existen diversas perspectivas doctrinales en cuanto a la naturaleza jurídica de la legítima que se conforma por el hecho de que esta sea pagada en efectivo no hereditario, en lugar de en bienes provenientes del caudal relicto del causante. Acto que se posibilita legislativamente para lograr que se mantenga la integridad del bien que por voluntad del propio testador, y al cumplirse con los requisitos legales de cada una de las normas que viabilizan la compensación en efectivo de la legítima, fue atribuido a un sucesor en particular de su herencia, ya sea a través de la figura sucesoria del legado o la de la mejora. Como se mostrará, esta temática, compleja y técnica a la vez, ha sido estudiada por varios autores que mantienen diferentes opiniones.

Algunos opinan que la naturaleza de la legítima de aquellos que la reciben en metálico extrahereditario ha mutado a una *pars valoris bonorum* debido a los supuestos concretos de pago en efectivo, que se contemplan en los arts. 821 y 829 del CC. Su criterio lo fundamentan, primero, en que este tipo de legitimario no debe ser considerado como cotitular de los bienes del caudal hereditario hasta el justo instante del pago. Segundo, porque estos legitimarios se deben conformar con recibir su cuota legal en efectivo no hereditario.

---

<sup>501</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, op. cit., pág. 68; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», op. cit., pág. 807. Al respecto, ALBALADEJO GARCÍA, M., *La Mejora*, op. cit., págs. 138 – 139, añade que «[e]l impago no da derecho a los interesados, ni a promover la venta de bienes de la herencia (ni siquiera de los que hayan correspondido al mejorado, sea como parte de la mejora o en otro concepto) para hacerse pago, ni a pedir que tales bienes se les adjudiquen a ellos hasta cubrir el montante de la deuda». Véase, además, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículo 829 del Código Civil», op. cit., págs. 386 – 387.

Tercero, debido a que si el legitimario adjudicatario no cumple con abonar la parte correspondiente al legitimario no adjudicatario, concebida como una condición resolutoria, la salvaguarda del art. 806 del CC se activará para que el derecho que este tiene a su legítima se materialice contra los bienes de la herencia.<sup>502</sup>

En sentido contrario, otro grupo de autores entiende que ante la aplicación de los arts. 821 y 829 del CC, la legítima de quienes deben percibirla en efectivo mantiene su naturaleza jurídica esencial de *pars bonorum*. Esto al considerar que «...mientras el pago no se efect[úe] el legitimario conserva[rá] su derecho sobre la cuota o porción reservada, con todas las implicaciones que ello conlleva (hasta el pago, los demás herederos no podrán disponer de los bienes hereditarios ni repartírseles)».<sup>503</sup>

---

<sup>502</sup> Más específicamente, sobre este asunto, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, pág. 74, expone lo siguiente: «...lo que ocurre es que los legitimarios cuya porción va a ser pagada en dinero, si bien no tienen una titularidad directa sobre los bienes de la herencia, sí tienen una titularidad condicional sobre los mismos, en el sentido de que, a falta de pago en dinero, pueden hacer valer sobre aquéllos el derecho que les concede el artículo 806 C.c. El impago cumple aquí las funciones de una condición con efectos resolutorios, y la posibilidad de que los legitimarios puedan dirigirse sobre los bienes [hereditarios] no es más que la materialización de la afección de todos los bienes relictos al cumplimiento del deber legitimario. ... En este sentido, la correspondencia del metálico a satisfacer a los legitimarios con el valor de su cuota en el momento del pago, debidamente conjugada con la reserva de *pars bonorum* del artículo 806, hacen que la legítima en estos casos se configure como *pars valoris bonorum*, es decir, como derecho a recibir en metálico el valor de unos bienes, protegido por la reserva del 806 en caso de impago». (De este autor, véase, además, «Partición por contador partidor: imposibilidad de pagar en dinero las legítimas cuando el adjudicatario de los bienes deja transcurrir el plazo previsto en la Ley», en *C.C.J.C.*, Núm. 107, 2018, págs. 3 – 4 y 6, en la versión de la base de datos de Thomson Reuter Aranzadi: aranzadi.aranzadidigital.es). Con este parecer está de acuerdo TORRES GARCÍA, T. F., «Legítima, Legitimarios y Libertad de Testar (Síntesis de un Sistema)», en *Derecho de Sucesiones: Presente y Futuro, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Ed. Universidad de Murcia, 1ª edición, Murcia, 2006, págs. 202 – 203. A tales efectos, esta autora manifiesta que: «Si bien se puede seguir afirmando que en el régimen del Código Civil la legítima se configura como *pars bonorum*, desde el punto de vista del pago, se transforma en una *pars valoris bonorum* y ello no sólo en los casos en los que por existir determinados presupuestos objetivos éste se contempla – dinero extrahereditario –, sino en los que es suficiente que por una simple manifestación de voluntad formal del testador los legitimarios no adjudicatarios de los bienes deban conformarse con el metálico extrahereditario. Si bien hasta que este no sea efectivo se puede actualizar la reserva de *pars bonorum* que permanece latente hasta que el legitimario reciba su valor».

<sup>503</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, pág. 141, «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 1004, 787, 790 – 826, 905. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1517 – 1518, favorece esta apreciación al expresarse en los siguientes términos: «La legítima en nuestro Derecho común es *pars bonorum* y la autorización para pagar en metálico es conferida por la ley, como dice Vallet, supeditándola a que el asignatario lo satisfaga efectivamente a los demás legitimarios. Por lo que cabe sostener que mientras dicho pago no se haya consumado, la reserva de la *pars bonorum* sigue latente, repercutiendo así en la titularidad y disponibilidad del heredero. La afección de los bienes al pago de las legítimas se mantendrá en tanto los legitimarios no hayan percibido el metálico correspondiente. ... No parece, en suma, que el originario Código Civil alterase la cualidad de la legítima *pars bonorum* en los casos en que autorizó su pago en dinero. Tan sólo concedió esta facultad con carácter exclusivamente solutorio, manteniendo en tanto no se haya pagado en dinero la titularidad de esa *pars bonorum*, una función de garantía y de módulo del valor efectivo que corresponderá pagar en el momento de la *solutio*». Otros autores que comparten este criterio son: VATTIER FUENZALIDA, C., *op. cit.*, págs. 29 – 30, citando a DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico de la Legítima en el Código Civil», en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección 3, vol. 1, Madrid, 1964, págs. 904 – 907, 751 – 752, 756 – 782 *et passim*; SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, pág. 1015.

De otro lado, una autora define la naturaleza jurídica de la legítima como dual y excluyente. Considera que esa denominada dualidad es producto de las formas mediante las cuales el Código Civil permite satisfacer las legítimas. En ese sentido, la naturaleza de la legítima será *pars bonorum* siempre que esta sea abonada en bienes del caudal hereditario. Mientras, será *pars valoris* cuando, al aplicar algunos de los supuestos objetivos contenidos en el Código Civil o darse alguna de las circunstancias en las que se vulnera la legítima, la porción reservada a los legitimarios puede pagarse en metálico extrahereditario. Respecto a la cualidad de excluyente, esta destaca que se refiere al hecho de que la naturaleza de la legítima es solo una porque sería absurdo entender que tiene una esencia compuesta y diversa. Es decir, por dar un ejemplo, o la naturaleza de la legítima es *pars bonorum* o es *pars valoris*, pero no puede ser las dos a la vez.<sup>504</sup>

Durante la década de los ochenta, otro autor planteó que la legítima o parte de la legítima que se recibía en metálico tenía una naturaleza mixta. Esto porque conceptuaba su contenido como *pars valoris*, mientras visualizaba como *pars bonorum* la garantía que viabilizaba tal forma de pago.<sup>505</sup> Posteriormente, en la década de los noventa, su criterio cambió al entender que la legítima de aquellos que deben recibirla en efectivo no hereditario es *pars bonorum*.<sup>506</sup> Esto significa que, «...en tanto no se h[ubiera] pagado el dinero, la

---

<sup>504</sup> Para visualizar, concretamente, el criterio de REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., págs. 81, 82 - 83, *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, op. cit., págs. 439, 440 - 442, obsérvese sus expresiones: «La legítima es *pars bonorum* siempre y cuando no estemos ante alguno de los supuestos que puede ser satisfecha en dinero, o en otros que estudiaré. Cuando puede pagarse en metálico es *pars valoris*, estando afectos los bienes al pago de ese valor... Es decir, que los bienes hereditarios garantizan al legitimario la percepción de su legítima en dinero, de tal modo que si no se le paga su crédito el legitimario puede actuar sobre esos bienes hereditarios... Es, pues una naturaleza algo similar a la *pars valoris bonorum* que preconizaba Roca Sastre, pero con puntualizaciones importantes, porque, como se acepta generalmente, no parece que esta última naturaleza responda con seguridad al mecanismo de la legítima de nuestro Código. ... En cualquiera de los supuestos, si concurren los requisitos exigidos por la ley en cada caso, el legitimario tiene que conformarse con cobrar en metálico, y no puede exigir que se le pague en bienes hereditarios; si se le paga su crédito, carece de todo derecho sobre los bienes que integran la herencia. Por eso entiendo, como voy a desarrollar, que la legítima es en estos casos “*pars valoris*” con matices peculiares. En definitiva, la legítima es *pars bonorum* salvo cuando es *pars valoris* con determinadas garantías. Pero no puede ser las dos cosas a la vez, porque son incompatibles. ... Si esos requisitos (que para mí lo son de eficacia en el pago, como dije) se dan, la posición del legitimario que cobrará en metálico no es la misma que la del legitimario colocado en otra situación. Desde luego, pienso que aquél no es cotitular de la herencia...».

<sup>505</sup> En términos específicos, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer*, Tomo I... , op. cit., pág. 268, expresó que: «...la legítima es “*pars valoris*” en cuanto al contenido a que los legitimarios tienen derecho, pero su satisfacción está garantizada por la “reserva” de la “*pars bonorum*” que primigeniamente les estaba asignada, y de la cual aquélla es traducción dineraria. Tal vez a ese encaje se le pueda llamar “*pars valoris bonorum*”, pero – como antes hemos visto – la expresión se presta a confusión en cuanto a su significado».

<sup>506</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma de 13 de mayo de 1981», op. cit., pág. 124.

titularidad de esa *pars bonorum* [mantiene] una función de garantía y de módulo del valor efectivo que corresponderá pagar en el momento de la *solutio*». <sup>507</sup>

De todas estas apreciaciones de la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la legítima de los que deben recibirla en metálico no hereditario, por cuestión de la existencia de supuestos de hechos concretos y objetivos, resulta más convincente aquella que promueve que esta realidad no altera el hecho de que la esencia de esta persiste, igualmente, como *pars bonorum* hasta que, efectivamente, la compensación sea pagada. Esta posibilidad que legislativamente se provee, en respuesta al respeto a la voluntad del testador o por el simple objetivo estatal de mantener la integridad de un bien, ya sea por razón económica, social o ambas, facilita la división y distribución de los bienes del caudal hereditario. De ninguna manera, tiene la finalidad de convertir en una legítima de segunda categoría aquella que se paga en metálico no hereditario. Por esto, se entiende que, de igual forma, este tipo de legitimario será cotitular de los bienes de la herencia y mantendrá una afección real sobre los mismos, incluso respecto a terceros adquirentes. Más aún, estos tendrán la protección de los arts. 9.2, 14 y 23 de la LH de 1946 y de los arts. 51.6, 80.1 (a) o el (c), 80.2, aplicado en términos analógicos, 81(b) o el (c), todos del RH de 1947, según el supuesto concreto y objetivo del que se trate. Es decir, su derecho se desvelará cuando como parte de la inscripción de los bienes hereditarios se incluya la condición suspensiva a la cual está sometido el legado o la mejora conferida al adjudicatario. Estas garantías o facultades, que le brinda el que la naturaleza jurídica de su legítima sea *pars bonorum*, persistirán hasta que reciban su pago en efectivo no hereditario.

## CONCLUSIÓN

Como hemos visto, la posibilidad de abonar la legítima en metálico extrahereditario es factible a través de ciertas normas dispuestas en los arts. 821 y 829 del CC, cuya aplicación se justifica en consideraciones concretas y objetivas. El primer supuesto estaba relacionado con el legado de bien indivisible e inoficioso. Norma que es aplicable siempre que el bien objeto del legado, mueble o inmueble, sea indivisible por naturaleza o su división implique un desmerecimiento. El segundo supuesto trataba sobre la mejora en cosa determinada, también, de difícil división e inoficiosa. A través de estos preceptos no se respeta el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima en su vertiente de la calidad en que esta

---

<sup>507</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, op. cit., pág. 570.



se percibe, que en términos generales debería ser en bienes hereditarios, porque se abona, total o parcialmente, en efectivo extrahereditario.

El espíritu de estas normas que permiten la conmutación de la legítima no está orientado a que se considere y trate al conmutado como un legitimario de categoría inferior al adjudicatario de los bienes relictos, por el simple hecho de que debe percibir su porción legal en dinero extrahereditario. En términos generales, este planteamiento lo hemos justificado en que el derecho de los legitimarios no adjudicatarios está protegido hasta su satisfacción con la reserva del art. 806 del CC, que recae sobre todos los bienes del caudal relicto. Es decir, con la naturaleza de la legítima que es esencialmente *pars bonorum* hasta que el conmutante cumpla con su deber de efectuar el pago de su parte legal a los no adjudicatarios. A esto se suma que para calcular la cuantía que el adjudicatario debe abonarle a los perceptores del metálico, se utilizará el valor que tuvieron los bienes del caudal relicto al momento en que la porción correspondiente fuera satisfecha. Lo que significa que la determinación del valor de la parte legal del legitimario conmutado, también, se verá concernida por el efecto que tengan las fluctuaciones del mercado, provocadas por cuestiones externas o naturales, sobre los bienes de la herencia. Además de que los no adjudicatarios pueden exigir que su legítima sea compensada *in natura* ante el impago de esta en metálico no hereditario por los adjudicatarios. Esto debido a que el conmutado sigue siendo cotitular de los bienes hereditarios porque su parte legal no fue individualizada. En términos específicos, al estudiar cada una de estas normas, hemos encontrado ciertas particularidades que apoyan nuestro argumento de que el conmutado continúa siendo parte de la comunidad hereditaria hasta el instante en que su parte le es satisfecha y que, además, de la protección que le genera esta circunstancia cuentan con una serie de garantías que, en conjunto, validan nuestro planteamiento de que la única diferencia entre el legitimario conmutado y el legitimario conmutante es la calidad en que perciben su legítima.

En el caso del legado de bien indivisible (art. 821 del CC), el legatario no adquiere la plena titularidad sobre la cosa objeto del legado hasta que, al cumplir con los requisitos de la norma, ejerza positivamente la opción de quedarse totalmente con este y pague al legitimario en efectivo no hereditario el exceso de lo percibido. A tal conclusión llegamos utilizando dos razonamientos diferentes. Por un lado, la efectividad de lo que se dispone en el art. 882.1 del CC, en cuanto a que la propiedad sobre los legados de cosa específica y determinada se adquiere desde que fallece el testador, está supeditada a que la cosa legada no sea inoficiosa, es decir, a que no exceda del tercio de libre disposición, que es la porción de la herencia que el causante puede distribuir a su total discreción. Esto implica que sobre el legado de cosa

indivisible e inoficiosa, debido a la reserva del art. 806 del CC, se mantendrá una copropiedad entre el legatario y el legitimario al que se le ha afectado su legítima. Bajo el mismo criterio, y debido a la facultad de retención derivada del art. 885 del CC, el legitimario no tendrá que entregarle al legatario la cosa objeto del legado indivisible e inoficioso, sobre la cual adquirió la posesión civilísima desde la muerte del causante debido a que su derecho no fue individualizado, basando su actuación en el potencial perjuicio que podría causarse a su legítima. Hemos argumentado que tal proceder, de acuerdo al art. 81(a) del RH de 1947, se justifica aunque el testador hubiera autorizado al legatario a que se apoderara directamente de la cosa legada.

Por otro lado, se puede alegar que la titularidad del legatario sobre el legado de un bien de difícil división e inoficioso está sujeta a que este ejerza positivamente la opción que le ofrece el art. 821 del CC y a que cumpla la condición suspensiva de abonar en efectivo no hereditario la parte legal del legitimario. En ese sentido, sería inaplicable el art. 881 del CC, respecto a que los legados puros y simples se adquieren desde la muerte del testador.

Un análisis similar, reiteramos, resulta aplicable al supuesto de la mejora en cosa determinada (art. 829 del CC) con carácter de legado. Tampoco el mejorado adquiere la propiedad sobre el bien objeto de mejora a la muerte del testador. Esto considerando que, también, se trata de una atribución inoficiosa. Como hemos visto, la efectividad del derecho del mejorado está sujeta a que este abone la parte correspondiente al legitimario no adjudicatario en dinero no hereditario. Nuestro criterio es que dicha obligación constituye una condición suspensiva. Por lo cual, hasta que el mejorado no cumpla con esta, el receptor del metálico continuará como cotitular de los bienes relictos, lo que incluye al bien objeto de mejora. En cuanto a la mejora en cosa determinada concedida a título de donación, puntualizar que si bien es cierto que el mejorado es propietario pleno del bien donado en vida del donante, con la muerte de este y una vez se insta una acción de reducción por inoficiosidad y se resuelve a favor de esta, el donatario deberá reintegrar al caudal hereditario el exceso de lo percibido, es decir, la parte que le correspondía a los legitimarios no mejorados. Hasta tanto ello ocurra, o sea, hasta que se cumpla con la condición suspensiva de pagar en metálico extrahereditario la legítima de los no adjudicatarios, el mejorado no volverá a ser el propietario exclusivo del bien objeto de la donación – mejora. En otras palabras, respecto al mismo se mantendrá una copropiedad entre el donatario y el legitimario afectado.

Consideramos que, tanto para el supuesto de legado indivisible e inoficioso como para el de la mejora en cosa cierta e inoficiosa, el legitimario que tiene que recibir su parte en

dinero extrahereditario mantiene su derecho a accionar el juicio de testamentaria y a participar de la partición de la herencia, sin importar el título por el cual haya sido instituido por el testador, debido a que continua siendo cotitular de los bienes de la herencia porque su legítima no le fue individualizada. Como se ha expuesto, el derecho del perceptor del metálico está protegido con la afección real que establece el art. 806 del CC. Dicha afección, si se asume el primer razonamiento en torno al legado de difícil división e inoficioso y la mejora de cosa determinada a título de legado, se hace extensiva a los terceros a través de la figura de la anotación preventiva (arts. 42.6 y 46 de LH de 1946) o la de la anotación registral de la mención (art. 15 LH de 1946). En cambio, si se asume el segundo razonamiento, es decir, que el pago de efectivo no hereditario al legitimario conmutado se considere como una condición suspensiva, la afección real se extiende hasta los terceros, mediante los arts. 9 (c), 14 y 23 de la LH de 1946 y los arts. 51.6, 80.1 (a) o el (c), 80.2, aplicado en términos analógicos, 81(b) o el (c) del RH de 1947, según las particularidades del supuesto del que se trate. Ya que la condición suspensiva va a reflejarse en la inscripción que se efectúe en el Registro de la Propiedad. Todo esto, si es que el bien objeto del legado o de la mejora se inscribe a favor del legatario o el mejorado, respectivamente. Al respecto, ha sido nuestro criterio que esta inscripción no debería efectuarse hasta que el adjudicatario, sea legatario o mejorado, abone al legitimario el exceso de lo percibido. Por otra parte, si nos encontramos ante una mejora en cosa cierta otorgada a título de donación y contra la que se anotó demanda preventiva de reducción por inoficiosidad, la reserva del art. 806 del CC también trasciende a terceros por virtud de los arts. 42.1, 42.6, 46 y 15 de la LH de 1946. Además de que una vez obtenida sentencia judicial a favor de la reducción, la afección real que provee dicho precepto se hace extensiva a terceros a través de los arts. 9 (c), 14 y 23 de la LH de 1946 y los arts. 51.6, 80.1 (a) o el (c), 80.2, aplicado en términos analógicos, del RH de 1947.

## CAPÍTULO IV

### Supuesto Concreto de Indivisión de la Explotación Económica o de Mantenimiento del Control Societario

**Sumario:** Introducción; § 1 Síntesis de los Orígenes y Desarrollo del Supuesto de Partición Especial Regulado en el Artículo 1056.2 del Código Civil; § 2 Estudio del Apartado Segundo del Art. 1056 del Código Civil: **A.** Sujetos a los que afecta la normativa: **1.** Ámbito subjetivo activo, **2.** Ámbito subjetivo pasivo, **B.** Requisitos adicionales para hacer posible la aplicación del supuesto de partición especial contenido en el artículo 1056.2 del CC: **1.** Ámbito formal, **2.** Justificación del supuesto de partición especial, **3.** Ámbito objetivo; § 3 Efectos de la Adjudicación en la Posición Jurídica del Adjudicatario y en la de los Conmutados; § 4 Diversas Formas de Pago de la Legítima de los Demás Legitimarios y sus Características: **A.** Abono de efectivo no hereditario, **B.** Otras modalidades de pago; § 5 Garantías para el Pago en Metálico de la Legítima y las Consecuencias de su Impago; § 6 Estudio Doctrinal sobre la Naturaleza Jurídica de la Legítima ante el Nuevo Texto del Artículo 1056.2 del CC; Conclusión.

## INTRODUCCIÓN

La partición es el negocio jurídico mediante el cual, como norma, se pone fin a la comunidad hereditaria, que se compone tanto de herederos voluntarios como de herederos legitimarios y, si los hubiera, de legatarios de parte alícuota, al distribuir y traspasar entre todos los coherederos, en pago de sus respectivas cuotas, cada uno de los activos y pasivos que componen el caudal relicto del causante, o se evita el nacimiento de la misma, solo en el caso de que la haga el propio testador. Existen diversas modalidades de partición hereditaria, dependiendo de cuál sea el sujeto que la efectúe. Estos tipos de partición son: (1) la elaborada por el contador partidor testamentario; (2) la efectuada en consenso por todos los herederos, que de ordinario se le conoce como partición convencional; (3) la realizada por el propio testador; y (4) la hecha por el contador partidor dativo.<sup>508</sup> Todas estas clases de particiones conforman un grupo mayor que se clasifica bajo el nombre de particiones extrajudiciales. De no poderse utilizar alguna de las opciones de particiones extrajudiciales, resta acudir al juez para que se elabore una partición judicial.

---

<sup>508</sup> Aunque hay autores que también se refieren a la partición arbitral, que es aquella que se realiza a través de diversos procedimientos civiles o propios de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje. Esta modalidad de partición puede ser dispuesta por el testador en su testamento para que se puedan resolver los problemas que se susciten entre los herederos voluntarios o legatarios, en relación a la distribución o administración de la herencia. Igualmente, conforme al art. 402 del CC, los coherederos pueden delegar la partición en un arbitrador. FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión “Mortis Causa” de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2008, pág. 258. Refiérase, también, a los arts. 1.3, 2 y 10 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE núm. 309 de 26 de diciembre de 2003, última modificación el 6 de octubre de 2015.

En este capítulo será objeto de estudio la partición extrajudicial que realiza el propio testador, que se encuentra reglamentada en el art. 1056 del CC. Partición, total o parcial, que resulta ser una consecuencia lógica y natural de que el testador ejerza su autonomía de la voluntad para otorgar un testamento en el que disponga de sus bienes para después de su muerte.<sup>509</sup> Específicamente, nos centraremos en el estudio de un supuesto especial contenido en el apartado segundo de dicho precepto. A esta partición testamentaria el Código Civil la conceptúa como una especie o variedad de la partición ordinaria, por lo cual, a cualquiera de las dos manifestaciones que previene el art. 1056 del CC, la general contenida en su primera sección y la especial incluida en la segunda, le serán aplicables los efectos del art. 1068 del CC.<sup>510</sup> Por igual lógica, ambos preceptos exceptúan tanto la aplicación del principio de homogeneidad de lotes o proporcionalidad de cuotas, contenido en el art. 1061 del CC, como la facultad de los herederos, que está fundamentada en el señalado principio, de solicitar que el bien indivisible, o que desmerecería con su división, sea vendido en pública subasta, conforme permite el art. 1062 del CC.<sup>511</sup>

El propósito de esta clase de partición es que el testador pueda distribuir sus bienes con mayor libertad, tomando en consideración sus preocupaciones y las diversas necesidades de los potenciales integrantes de su sucesión. Más aún, la intención es ayudar a que se eviten los problemas o conflictos que el testador vislumbra pueden producirse, debido al surgimiento de la comunidad hereditaria y del futuro reparto de los bienes, en un proceso normal de partición.<sup>512</sup> Su finalidad, incluso, puede ser satisfacer el anhelo del testador de atribuirle bienes concretos a ciertos sucesores, en lugar de una cuota de ellos, por el simple deseo de hacerlo o para asegurar, por ejemplo ante el caso de una empresa o negocio, su continuidad y cohesión adjudicándolos al sucesor que considere más apto y, así, evitar su extinción o disgregación. El testador no necesita exponer los motivos que le han llevado a

---

<sup>509</sup> CREMADES GARCÍA, P., «La Partición Hecha por el Testador con Actos *Inter vivos*», en *R.D.P.*, Septiembre – Octubre 2015, pág. 4.

<sup>510</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 861.

<sup>511</sup> MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 160; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, (dir.) J. Pérez De Vargas Muñoz, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pág. 909; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, pág. 1424; ABELLA RUBIO, J. M<sup>a</sup>., «Capítulo III: Partición Extrajudicial - Partición Hecha por el Testador», en *La Partición de la Herencia*, X. O'Callaghan Muñoz (coord.), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2006, pág. 160. Véase, además, la STS de 6 de marzo de 1945, *supra.*; STS de 28 de junio de 1961, Sala Civil, (RJ 1961/2748).

<sup>512</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo VI, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 7626.

hacer su partición, basta con su voluntad. De ahí que coincidamos con el TS, en cuanto a que «[l]a partición hecha por el testador corresponde a la mentalidad del legislador que, para proveer necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admite la posibilidad de que [este] ... realice por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre sus coherederos...».<sup>513</sup>

## § 1 SÍNTESIS DE LOS ORÍGENES Y DESARROLLO DEL SUPUESTO DE PARTICIÓN ESPECIAL REGULADO EN EL ARTÍCULO 1056.2 DEL CÓDIGO CIVIL

Para entender la evolución de la concepción de este supuesto de partición especial, es necesario examinar de forma sucinta sus orígenes y su desarrollo. Al ser una aplicación particular de la partición testamentaria ordinaria, le resulta aplicable la esencia del art. 1056 del CC que tiene precedentes en el Derecho romano, el castellano y en la etapa del proceso codificador del Proyecto de Código Civil de 1851.

Respecto al Derecho romano, se destacan dos figuras jurídicas: el *testamentum parentis inter liberos* y la *divisio parentis inter liberos*. Mediante la primera institución, se facultaba al *pater familiae* para otorgar un testamento en el que además de instituir a sus hijos pudiera designarles cuotas en su beneficio. Lo medular no era respetar las formalidades testamentarias, sino la voluntad del *pater familiae*. Por eso, aunque este no respetara las formalidades testamentarias, el testamento mantenía sus efectos en cuanto a los descendientes, no así respecto a cualquier atribución a favor de un extraño.

A través de la segunda institución, en cambio, el ascendiente podía asignar bienes específicos a sus descendientes, con carácter de acto particional. Se trataba de la distribución concreta de su patrimonio entre sus hijos. Mientras en el *testamentum parentis inter liberos* se efectúa una disposición hereditaria, con la *divisio parentis inter liberos*<sup>514</sup> el testador atribuye sus bienes a favor de sus descendientes.<sup>515</sup>

---

<sup>513</sup> STS núm. 1014 de 4 de noviembre de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/5891). En términos similares se pronunció también el Tribunal Supremo en la STS de 6 de marzo de 1945, *supra*. Véase, además, RUBIO GARRIDO, T., «La Partición por el Testador: Algunos Aspectos Problemáticos, al hilo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5891)», en R.A.D., núm. 8, 2009, pág. 1, *La Partición de la Herencia*, Ed. Aranzadi, S. A. U., 1ª edición, Navarra, 2017, págs. 444 - 445. De acuerdo a DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados...», *op. cit.*, pág. 905, uno de los que pudiera beneficiarse con esta forma de partición es el sucesor que padece de algún tipo de discapacidad.

<sup>514</sup> La doctrina ha establecido que la institución romana denominada *praeceptio* constituyó otra forma de división de la herencia del causante. Se ha comentado que esta figura desembocó en la *divisi parentis inter liberos* o en la institución *ex re certa*. Su finalidad era que el disponente pudiera asignar cosas a los herederos instituidos. Originalmente, el heredero beneficiado estaba autorizado a tomar el bien de la masa hereditaria, antes de la división. Posteriormente, el heredero hacía valer su atribución en el acto divisorio. BIONDO

Ambas figuras jurídicas romanas se incorporaron al Derecho castellano a través de la Ley 7ª, título I, de la Partida 6ª. Aquí se consideraba válido el testamento escrito en el que el padre instituía como herederos a sus hijos y nietos o dividía su patrimonio entre ellos, aunque el acto testamentario se otorgara ante dos testigos en lugar de siete, que era lo que correspondía a un testamento correctamente otorgado. También, se entendía válido el testamento verbal que el padre otorgaba ante dos testigos, rogados y traídos para el acto, para distribuir sus bienes entre el mismo grupo de parientes.<sup>516</sup> Igualmente, en la Ley 9ª, título

---

BIONDI, *Sucesión Testamentaria y Donación*, op. cit., págs. 226 – 229; DE LOS MOZOS, J. L., «La Partición de la Herencia por el Propio Testador», en *R.D.N.*, Ed. Colegios Notariales de España Junta de Decanos, 1960, págs. 107 – 108. Para conocer sobre las otras formas romanas que podía utilizar el causante para distribuir sus bienes entre los herederos con atribuciones singulares, aunque no todas puedan catalogarse estrictamente como actos particionales, véase: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Apuntes de Derecho Sucesorio II (Posición y Derechos de los Legitimarios en el Código Civil)», op. cit., págs. 1411 – 1412.

<sup>515</sup> Estas dos figuras jurídicas romanas fueron incluidas en diversos documentos legales: (1) el *Edictum Theodorici*, que era el estatuto romano de los ostrogodos; (2) en la *Lex Romana Burgundiorum*; (3) en la *Lex Romana Visigothorum* o Breviario de Aniano, aprobado en el año 506 por el Rey Alarico II; (4) el *Codex Theodosiano*; y (5) las Novelas de Valentiniano III. En el caso particular del *testamentum parentis inter liberos*, cuando se reconoció en la Constitución del Emperador Constantino (C Th, 2, 24, I), solo podía otorgarse por el *pater familia*. Posteriormente, con las leyes de Theodosio y Valentiniano, esta posibilidad se extendió a cualquier padre, madre y ascendiente, aunque no fueran *pater familia*. Esta institución fue acogida, tal cual, por Justiniano, aunque, posteriormente, modificó su régimen (Novela CVII, Constitución-CII, Cap. 1; sobre asignación de cuotas, véase la Novela XVIII, Const. XVIII, Caps. I - V). En concreto, como requisitos de este tipo de testamento se dispuso que debía ser escrito a puño y letra por el testador, ponerse la fecha del otorgamiento, el nombre del hijo o descendiente ulterior que se designaba como heredero instituido, la cuota en que se le instituía, en letras y no en números, y hasta la división de los bienes. Es lo que hoy día se denomina como testamento ológrafo. En cuanto a la *divisio parentis inter liberos*, se dice que sus raíces provienen del Derecho clásico, es decir, desde el Digesto de Justiniano. Específicamente, en la sección 3, Ley 20, Título II, Libro X del Digesto, se dispuso que el acto del padre de dividir sus bienes entre sus hijos es un asunto relacionado a su última voluntad y no una simple donación. Se alude, además, a la partición realizada por el testador en las secciones 1 y 5, Ley 39, Libro X del Digesto. Justiniano, también, reguló esta institución en la Novela CVII, Constitución-CII, Cap. III y en la Novela XVIII, Const. XVIII, Caps. VI – VII. Según la Novela XVIII, Const. XVIII, Cap. VII, este acto particional podía formar parte de un testamento o de un documento a parte suscrito por el ascendiente, exclusivamente, o por él y los hijos beneficiados con la asignación de sus bienes. Aunque se prefería la forma testamentaria para hacer la división de bienes. DE LOS MOZOS, J. L., «La Partición de la Herencia por el Propio Testador», op. cit., págs. 103 – 114; GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tercera Parte: Novela*, op. cit., págs. 94 – 98, 368 – 369, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Instituta-Digesto*, op. cit., págs. 616 y 623. Véase, además, STS de 6 de marzo de 1945, *supra.*; SAP de Ourense, núm. 57 de 25 de febrero de 2014, Sección 1ª, (JUR 2014/71980); SAP de Ourense de 5 de marzo de 2007, Sección 1ª, (JUR 2007/173745); SAP de Ourense de 6 de febrero de 2004, Sección 2ª, (AC 2004/223); SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente, Muy Ampliado*, tomo XVIII, 2ª edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1954, págs. 379 y 398 - 399, en referencia a la STS de 6 de marzo de 1945, *supra.*; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo VI, Vol. I, 10ª edición, Madrid, Ed. Reus, S. A., 2010, pág. 337; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio...*, op. cit., pág. 260 y las notas 256 – 257 de la misma página; GARCÍA HERRERA, V., «La Sucesión en la Empresa Familiar», en *R.C.D.I.*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2011, pág. 1929, nota 1.

<sup>516</sup> Ninguna de estas dos formas de testamentos imperfectos, aunque permitidos, se podía utilizar para beneficiar a un extraño. Cualquier disposición, escrita o verbal, a favor de un extraño se tendría por no puesta, mientras se mantendrían válidas las establecidas o dichas a favor de los hijos o nietos. Por otro lado, para que fuera válido el testamento escrito que, en términos generales, no guardara las formalidades testamentarias, este debía ser suscrito por escrito por el padre, si es que sabía escribir, o verbalmente por el padre y los hijos. Este tipo de testamento, suscrito de estas dos maneras, podía ser utilizado por el padre para favorecer a un extraño, siempre que hubiera sido otorgado ante dos testigos rogados y traídos para el acto. Precisamente, esta laxitud formal fue

XV, de la Partida 6ª se hacía referencia, aunque incidentalmente, a la partición hecha por el padre o por cualquier testador.<sup>517</sup> Mientras, en las Leyes 19 y 20 de Toro se permitió que el testador pudiera asignar bienes concretos en abono de la mejora de tercio o quinto. Posibilidad que se mantuvo, respectivamente, en las Leyes 3 y 4, Título VI, del Libro X de la Novísima Recopilación.<sup>518</sup>

En relación con el Proyecto de Código Civil de 1851, se puede mencionar al art. 650, que hoy está numerado como el art. 821 del CC y se refiere al legado de finca indivisible o que no admite cómoda división, y al art. 661, que trataba de la mejora de cosa determinada, tema que actualmente se toca en el art. 829 del CC. Aunque, más específicamente, en el art. 899 del mencionado proyecto se incorporó por primera vez el texto del actual apartado primero del art. 1056 del CC, con la diferencia de que antes se aludía a la partición realizada

---

atendida, a través de la Ley 1, Título XIX del Ordenamiento de Alcalá y la Ley 3 de Toro, incorporadas ambas como las Leyes 1ª y 2ª, Título XVIII, Libro X, de la Novísima Recopilación, al establecerse diversos requisitos formales de acuerdo al supuesto de hecho aplicable. Véase: LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio, Glosadas*, Tomo III, *op. cit.*, págs. 9 – 10; *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Tomo V, Libros X, XI y XII, págs. 120 – 121, en fama2.us.es/fde/ocr/2006/novisimaRecopilacionT5.pdf, (última consulta realizada el 3 de enero de 2017); STS de 6 de marzo de 1945, *supra.*; DE LOS MOZOS, J. L., «La Partición de la Herencia por el Propio Testador», *op. cit.*, págs. 117 – 118 y 119 - 120; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo VI, Vol. I, *op. cit.*, págs. 337 - 338; GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, *op. cit.*, pág. 449; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., «La Sociedad Familiar», en *Diario La Ley*, Ed. Wolters Kluwer, 2004, pág. 5.

<sup>517</sup> Véase: LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio, Glosadas*, Tomo III, *op. cit.*, pág. 254; STS de 6 de marzo de 1945, *supra.*; SAP de Ourense, núm. 57 de 25 de febrero de 2014, *supra.*; SAP de Ourense de 5 de marzo de 2007, *supra.*; SAP de Ourense de 6 de febrero de 2004, *supra.*; SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente, Muy Ampliado*, tomo XVIII, *op. cit.*, págs. 375 – 376; DE LOS MOZOS, J. L., «La Partición de la Herencia por el Propio Testador», *op. cit.*, pág. 118; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 260 y la nota 258 de la misma página. Es importante señalar que una definición legal del término partición se encuentra, también, en la Ley 1, Título XV, Partida 6ª. Dicho concepto fue definido como el «departimiento que hacen los hombres entre sí de las cosas que tienen comunalmente por herencia o por otra razón». Véase: SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente, Muy Ampliado*, tomo XVIII, *op. cit.*, págs. 300 y 379, en esta última haciendo referencia a la STS de 6 de marzo de 1945, *supra.*; LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio, Glosadas*, Tomo III, *op. cit.*, pág. 246.

<sup>518</sup> Véase: Novísima Recopilación de las Leyes de España, Tomo V, *op. cit.*, págs. 30 - 31; PACHECO, J. F., *Comentario Histórico, Crítico y Jurídico a las Leyes de Toro*, Tomo I, *op. cit.*, págs. 278 - 294; RUEDA ESTEBAN, L., «La Reforma del Párrafo 2 del Artículo 1.056 del Código Civil», en A.M.N., Ed. Colegio Notarial de Madrid, 2003, pág. 61, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 693, «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056 del Código Civil», en *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial. Sus Protocolos*, (coords.) M. Garrido Melero, J. Mª. Fugardo Estivill, V. M. Garrido de Palma, tomo IV, Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 2005, pág. 206; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo VI, Vol. I, *op. cit.*, pág. 338; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 260 y la nota 259 de la misma página, «La Sociedad Familiar», *op. cit.*, pág. 5; SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente, Muy Ampliado*, tomo XVIII, *op. cit.*, pág. 376; GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, *op. cit.*, pág. 449; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 161; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1929, nota 1.



por el difunto y hoy día la referencia es al testador.<sup>519</sup> Asimismo, en los arts. 902, 918, 923 del proyecto se hacía mención a la partición realizada por el difunto.<sup>520</sup>

En cuanto al texto del segundo apartado del art. 1056 del CC, este se incorporó, originalmente, en el Anteproyecto del Código Civil de 1882-1888, donde, junto con el texto de su primera sección, formó parte del contenido del art. 1073. Con la aprobación del Código Civil en 1889, este fue reenumerado como el art. 1056.2 del CC.<sup>521</sup> En aquel instante y hasta el 2003, la redacción de este apartado contenía el siguiente texto: «[e]l padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos». Con esta normativa, el legislador perseguía conservar, después de la muerte de su propietario, la indivisión de la explotación agraria o manufacturera, puesto que eran las actividades comerciales por las que se mantenía, principalmente, la estabilidad económica y social del país en aquellos tiempos. Así, se ha dicho: «[e]n su origen era ésta una de las pocas disposiciones del CC reveladoras de una cierta preocupación legislativa por facilitar el mantenimiento de estructuras productivas – aproximándose así a los Derechos forales-, aun a costa de sacrificar principios básicos del sistema jurídico-privado...».<sup>522</sup> Precisamente por esto, no se daba la opción al adjudicatario del bien de decidir si se quedaba con la empresa, a cambio de pagar la legítima de sus hermanos en efectivo extrahereditario, o si, por el contrario, prefería dividir la herencia entre

---

<sup>519</sup> La redacción del vigente precepto dice así: «[c]uando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos».

<sup>520</sup> Véase: RUEDA ESTEBAN, L., «La Reforma del Párrafo 2 del Artículo 1.056...», *op. cit.*, pág. 61, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 693 – 694, «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 207; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 260 y la nota 260 de la misma página, «La Sociedad Familiar», *op. cit.*, pág. 5; GARCÍA GOYENA, F., *op. cit.*, págs. 352, 356 - 357, 449, 450, 455, 457; SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente, Muy Ampliado*, tomo XVIII, *op. cit.*, pág. 381, en referencia a la STS de 6 de marzo de 1945, *supra.*; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 161; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1929, nota 1; SAP de Ourense, núm. 57 de 25 de febrero de 2014, *supra.*; SAP de Ourense de 5 de marzo de 2007, *supra.*; SAP de Ourense de 6 de febrero de 2004, *supra.*

<sup>521</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Reforma del Párrafo 2 del Artículo 1.056...», *op. cit.*, pág. 61, «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 206, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 693; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 260, nota 260; SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente, Muy Ampliado*, tomo XVIII, *op. cit.*, pág. 408; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 160; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1929, nota 1.

<sup>522</sup> DÍEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, pág. 28.

todos. Bajo este supuesto, era obligatorio que el legitimario adjudicatario pagara de su peculio la parte correspondiente a los otros legitimarios porque con esa asignación se perseguía evitar que la explotación económica se dividiera, haciéndola inoperante o difícil de operar y repercutiendo negativamente en el bienestar de la familia y del tejido económico del país.

A través de la Ley 7/2003, de 1 de abril<sup>523</sup>, el segundo párrafo del art. 1056 del CC fue modificado.<sup>524</sup> Esta modificación tenía la finalidad básica de atender y resolver tres de los problemas principales que tienen las empresas pequeñas y medianas de España (Pymes), que son las que más ampliamente contribuyen a generar riqueza y empleo en este país y en toda Europa, en general. Estos eran: «...las dificultades de financiación, la pérdida del control de la gestión por los socios que ostentan la mayoría y los problemas de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional».<sup>525</sup> Para materializar estos objetivos, además de otras consideraciones, se procedió a introducir «...modificaciones en el Código Civil vigente en tres aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc.».<sup>526</sup> El propósito

---

<sup>523</sup> Un año y cuatro meses antes de la aprobación de este estatuto, el 26 de septiembre de 2001, el Senado aprobó la creación de una Ponencia, constituida dentro de la Comisión de Hacienda, para estudiar el problema de la empresa familiar. El informe de la Ponencia, que entre otras cosas alude al art. 1056.2 del CC y a otros preceptos o figuras jurídicas del Derecho civil que viabilizan o dificultan la transmisión de la empresa familiar, fue aprobado por la Comisión el 27 de noviembre de 2001 y por el Pleno del Senado el 19 de diciembre de 2001. (Para mayor información, puede consultar: BOCG, Senado, Serie I, Núm. 312, de 23 de noviembre de 2001, págs. 2, 9, 11, 14, 21, 29 – 30, 39 – 40; BOCG, Senado, Serie I, Núm. 316, de 29 de noviembre de 2001, pág. 1, BOCG, Senado, Serie I, Núm. 334, de 27 de diciembre de 2001, pág. 4).

<sup>524</sup> Disposición Final Primera, sección 1, Ley de la SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA por la que se Modificó la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, BOE núm. 79 de 2 de abril de 2003, pág. 12688. Como parte de este estatuto, esencialmente, mercantil, también se modificaron otros arts. del CC, tales como el 1271.2 y el 1406.2. El texto del primero, que tiene que ver con los contratos sobre la herencia futura, se redactó en los siguientes términos: «Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056». Mientras, el segundo, que tiene que ver con lo que cada cónyuge puede incluir en su haber cuando se liquida o disuelve la sociedad de gananciales, que se conoce como el derecho de adjudicación preferente, se modificó de la siguiente forma: «2. La explotación económica que gestione efectivamente». La aplicación de esta normativa, respecto a sus apartados segundo al cuarto, pudiera, también, dar lugar a que la legítima sea pagada en metálico. Véase: Disposición Final Primera, secciones 2 y 3, *supra*.

<sup>525</sup> Exposición de Motivos, Parte II, *supra*.

<sup>526</sup> Exposición de Motivos, Parte I, *supra*. Puede referirse, además, a la Parte II de dicho preámbulo. Es importante destacar que la aprobación de la Ley 7/2003, de 1 de abril, y como consecuencia la modificación del apartado segundo del art. 1056 del CC, estuvo de alguna forma influenciada por el contexto internacional. Para la Comisión Europea, el tema de la transmisión de las empresas, y en concreto de las PYME, por ser las que principalmente sostienen la economía de los Estados Miembros, ha sido de gran importancia. A finales de enero de 1993, la Comisión celebró un simposio en Bruselas para conocer cómo se estaba dando este proceso en

existente detrás de esta reforma, aunque no establecido de forma explícita, pero sí en estado latente, era facilitar la sucesión *mortis causa* de la empresa familiar.<sup>527</sup> Para contribuir a este objetivo, el texto del art. 1056.2 del CC quedó redactado de la siguiente manera:

«El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario

---

cada uno de los Estados miembros e identificar aquellos instrumentos que fueran más eficaces para viabilizar la correcta y mejor transmisión de las empresas. Con los insumos obtenidos de los expertos que estuvieron en el simposio en representación de sus respectivos Estados miembros, se realizaron una serie de consultas que tuvieron como base la Comunicación (94/C 204/01), que básicamente tenía dos objetivos: (1) debatir sobre los problemas que plantea la transmisión de las empresas y (2) sugerir las medidas que la Comisión entiende deben aplicarse para atender la situación y, así, evitar la liquidación de la PYME. El 7 de diciembre de 1994, la Comisión emitió una recomendación oficial (94/1068/CE), dirigida a los Estados miembros, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas. Entre las sugerencias, se incluyó el adoptar medidas dirigidas a garantizar la pervivencia y continuidad de las empresas, a pesar del fallecimiento de su titular. Por ejemplo, les sugirieron «velar por que, en caso de fallecimiento de uno de los socios de una sociedad de personas o de un empresario individual, el Derecho de familia, el Derecho de sucesiones y, en particular, el principio de unanimidad para las decisiones que se tomen en el marco de la indivisión no pongan en peligro la continuidad de la empresa...». En un Foro Europeo sobre la transmisión de empresas, que la Comisión celebró en Lille, Francia, los días 3 y 4 de febrero de 1997, se evaluaron los datos provistos por los Estados miembros y se celebraron talleres y debates para dirimir el tema objeto de estudio. Esta iniciativa resultó en la Comunicación (98/C 93/02), que se encargó de informar sobre los Estados miembros que aún no habían tomado acción para atender la problemática y aquellos que habían adoptado o propuesto adoptar medidas fiscales, jurídicas y financieras. (Véase: Comunicación de la Comisión sobre la Transmisión de Empresas: Acciones en favor de las PYME, DO n° C 204, de 23 de julio de 1994, págs. 1 - 4; Comunicación Relativa a la Recomendación de la Comisión de 7 de diciembre de 1994 sobre la Transmisión de las Pequeñas y Medianas Empresas, DO n° C 400, de 31 de diciembre de 1994, págs. 1 - 2; Recomendación de la Comisión de 7 de diciembre de 1994 sobre la Transmisión de las Pequeñas y Medianas Empresas, DO n° L 385, de 31 de diciembre de 1994, págs. 15 - 16; Comunicación de la Comisión sobre la Transmisión de las Pequeñas y Medianas Empresas, DO n° C 093, de 28 de marzo de 1998, págs. 2, 11. Puede consultar, además, CREMADES GARCÍA, P., «La Partición Hecha por el Testador con Actos *Inter vivos*», *op. cit.*, págs. 24 - 25.).

<sup>527</sup> FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 259. Las intervenciones efectuadas al evaluar las enmiendas realizadas al Proyecto de Ley sobre Sociedad Limitada Nueva Empresa, hoy la Ley 7/2003 de 1 de abril, confirman lo comentado. Por ejemplo, MARDONES SEVILLA, L., del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, señaló que la nueva disposición final «...permite al testador, [a través de] una figura que estaba indeterminada, diseñar la sucesión más adecuada para la empresa en pro del mantenimiento y la unidad de ésta en la siguiente generación. Uno de los problemas que han denominado algunos economistas como patología actual de la empresa es que en las empresas de titularidad familiar con estructura y conceptualización de funcionamiento familiar, en cuanto se produce el fallecimiento de su fundador o de alguno de los que ostentaban en mayor medida la responsabilidad gerencial de la misma, entre los herederos o sucesores se produce una quiebra del principio de unidad empresarial. Creemos que el mantenimiento de la unidad productiva en la siguiente generación es importante y evita que, por legítimas apetencias, deseos y necesidades de los herederos, el testador se vea obligado de alguna manera, conducido por un principio de bondad de la ley, a hacer esta aplicación». Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, Núm. 235, del 13 de marzo de 2003, pág. 11980.

podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el art. 843 y en el párrafo primero del art. 844».<sup>528</sup>

Al analizar la nueva redacción, la doctrina entendió que esta era extremadamente detallada y confusa, lo que hacía difícil su interpretación.<sup>529</sup> Igualmente, se mantuvo la crítica, que también se efectuó al anterior texto, de que si bien el art. 1056.2 del CC impedía que la indivisión de la empresa o el control societario se deshiciera como resultado de la partición, en cambio, dichas finalidades objetivas, preliminarmente alcanzadas, eran un tanto efímeras debido a que la regulación no contenía medidas para evitar que, después del acto particional, el adjudicatario enajenara la explotación económica o las acciones de la sociedad.<sup>530</sup> Sin embargo, a pesar de estos datos, se considera que esta modificación fue significativa e importante porque adecuó el contenido de este apartado «...a la nueva realidad socio-económica, [a la vez que introdujo] delimitaciones y ampliaciones subjetivas, objetivas

---

<sup>528</sup> Disposición Final Primera, sección 1, *supra*. En Italia, la finalidad de transmitir empresas o sociedades de capital se alcanza a través de la institución jurídica del «Pacto de Familia». Esta institución fue incorporada en el Código Civil italiano, mediante la Ley del 14 de febrero de 2006, n.55. Se trata de un contrato en el que participan el empresario, el beneficiario del bien y los legitimarios que recibirán su parte legal en efectivo o su equivalente *in natura*. A través del denominado «Pacto de Familia», el empresario puede transferir total o parcialmente su explotación económica o sus participaciones societarias. Por su parte, el adjudicatario del bien tendrá la obligación de pagarle a los legitimarios no adjudicatarios la porción que les corresponde. Este derecho será valorado en el instante en que se otorgue el pacto y no podrá afectarse por «los mecanismos de reducción y de colación hereditaria». En cuanto a la fijación de la cuota de liquidación de los legitimarios excluidos, deberá haber consenso. (Para conocer más acerca de esta figura jurídica italiana, sus aciertos y sus problemáticas, puede examinarse: GIAMPETRAGLIA, R., «La Autonomía de la Voluntad en la Transmisión de la Empresa: “El Pacto de Familia” », en *A.D.C.*, tomo LXVII, fascículo IV, Octubre – Diciembre 2014, págs. 1170 y ss.).

<sup>529</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7648; RUEDA ESTEBAN, L., «La Reforma del Párrafo 2 del Artículo 1.056...», *op. cit.*, pág. 64, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 697. Tal suceso fue, de cierta manera, advertido en las deliberaciones en torno a las enmiendas del Senado al Proyecto de Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa, hoy Ley 7/2003 de 1 de abril. Específicamente, SÁNCHEZ GARRIDO, del Grupo Parlamentario Socialista, comentó lo siguiente: «En esta Ley, en sus disposiciones adicionales, se modifica peligrosamente, creo yo, el Código Civil. Creo que se hace una referencia al 1.056 y al 1.406 del Código Civil en lo que se refiere a la legítima. ¿Por qué se tiene que modificar este tema procurando un aplazamiento hasta cinco años por parte del testador o del contador-partidor para mantener supuestamente la unidad de empresa? Si ya estaba regulado así, si no había ningún problema. **Esto es un error porque se está modificando un precepto importante y esto va a dar lugar a bastante controversia**». Énfasis suplido. Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, Núm. 235, *supra.*, pág. 11984.

<sup>530</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 439; RUEDA ESTEBAN, L., «La Reforma del Párrafo 2 del Artículo 1.056...», *op. cit.*, pág. 63. Aunque, FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 274, piensa que es posible que el testador pueda imponerle al adjudicatario una carga modal o condición resolutoria a los efectos de evitar que este enajene el bien dentro de cierto período de tiempo. Opinión que, también, comparte GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los Actuales Artículos 831 y 1056.2 del Código Civil: Aplicaciones Prácticas ante el Sistema de Legítimas», en *R.J.N.*, número 55, Julio – Septiembre 2005, pág. 132, «Los Nuevos Artículos 831 y 1056. 2 del Código Civil: Algunas Aplicaciones», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coords.) J. M. González Porras y F. P. Méndez González, tomo I, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pág. 2028.

y formales, que facilitan la sucesión generacional de la empresa y preservan su indivisión».<sup>531</sup> En definitiva, en términos evolutivos el impacto de esta normativa puede describirse de la siguiente manera: (1) cuando se redactó por primera vez, esta se conceptualizó como una excepción extraordinaria a la norma general de que los legitimarios deben recibir el pago de su legítima en bienes hereditarios; (2) al aprobarse la reforma del CC en el 1981, se perdió su excepcionalidad y se convirtió en un caso especial que obtenía los mismos resultados del supuesto general de pago en metálico de la porción hereditaria, regulado en los arts. 841 y ss. del CC, con la salvedad doctrinal de que no se requería cumplir con los requisitos de los arts. 843 y 844.1 del CC; (3) con la reforma del 2003, se hace patente la independencia entre la regulación de los arts. 841 y ss. del CC y la del art. 1056.2, en la medida en que este último se convierte en una especialidad del primero, que solo se activa ante la existencia de una empresa o de las acciones de una sociedad que pertenecen al causante.<sup>532</sup>

Además, algún autor opinaba que este nuevo apartado impactaba favorablemente en tres áreas principales: la económica – social, la familiar y la jurídica. De una parte, al preservar la indivisión de la empresa familiar o el control sobre las participaciones en la sociedad o sociedades de capital, se evita el desplome del rendimiento económico y del negocio en general. De otra parte, se permite que sea el testador el que determiné qué familiar deberá darle continuidad al negocio. También, entendía que se viabiliza la partición testamentaria lo que evita el surgimiento de la comunidad hereditaria que, de ordinario, es un germen detonador de conflictos familiares.<sup>533</sup>

El propósito esencial de la modificación del art. 1056.2 del CC es facilitar el paso generacional de la explotación económica y mantener la continuidad y estabilidad de una empresa activa en el mercado, eludiendo la aplicación de principios o mecanismos del Derecho sucesorio que pueden provocar complicaciones innecesarias que alteren o dificulten la consecución de tal objetivo. Esta intención es medular porque la selección acertada del sucesor de la empresa, a manos de aquel que conoce su negocio, es decir, el testador empresario, tendrá un impacto social y económico. La permanencia de la empresa en el mercado, tras el fallecimiento de su titular, es lo que evitará el colapso o el fin de muchos empleos, que hoy día se generan a través de las pequeñas y medianas empresas.

---

<sup>531</sup> GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1929. Véase, también, a: DÍEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, págs. 28 y 29.

<sup>532</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Reforma del Párrafo 2 del Artículo 1.056...», *op. cit.*, pág. 65. Véase, además, a DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *op. cit.*, pág. 722.

<sup>533</sup> MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2 del Código Civil», en *A.C.*, núms. 45-46, Diciembre 2003, pág. 1180.

Precisamente, se considera que «[e]n el ciclo de vida de una empresa, tras el momento de la creación y del crecimiento, el de la transmisión es seguramente el más delicado».<sup>534</sup> Ello es debido a que si esta fase no se facilita y se atempera a la realidad de mercado, entonces, es probable que al retirarse o fallecer el fundador de la explotación económica, muera también con él su empresa y, por ende, los puestos de trabajo que esta generaba.<sup>535</sup>

En definitiva, desde sus orígenes, la segunda sección del art. 1056 del CC se ha mantenido regulando otro supuesto concreto de pago en metálico de la legítima, lo que implica una afectación clara, aunque legalmente permitida, del principio de intangibilidad cualitativa de esta.<sup>536</sup> Como correctamente ha sido señalado por la doctrina, esta viene a ser la aplicación concreta de lo que se dispone en el párrafo primero del mencionado precepto, con la adición de la obligación de pagar la legítima en efectivo extrahereditario.<sup>537</sup> Su

---

<sup>534</sup> En relación a la institución jurídica de los «Pactos de Familia» del CC italiano, GIAMPETRAGLIA, R., *op. cit.*, pág. 1173, refiriéndose a una Comunicación de 1998 emitida por la Comisión Europea, publicada en G.U.C.E. n. C093 del 28.03.98.

<sup>535</sup> GIAMPETRAGLIA, R., *op. cit.*, págs. 1173, 1174 – 1175, 1176, 1196 y 1197.

<sup>536</sup> En la Propuesta de Código Civil para España, la A.P.D.C. elimina el vigente apartado segundo del art. 1056 del CC y su contenido lo integra con su nueva versión de los actuales arts. 841 al 847 del CC, enumerados como el precepto 467-17, que incluye los apartados del uno al cuarto, bajo el título «Del pago de la legítima de los parientes en línea recta». En particular, en su segunda sección se propuso: «La decisión de pago en metálico solo produce efectos si se comunica fehacientemente a los legitimarios en el plazo de seis meses desde la apertura de la sucesión. El pago se efectuará dentro del año siguiente a la comunicación, si bien el causante puede ampliarlo por otros cuatro años más cuando la autorización de abono en metálico la haya establecido a fin de preservar indivisa una explotación económica o para mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas...». ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, «Exposición de Motivos», en *Propuesta de Código Civil*, *op. cit.*, pág. 193; GALICIA AIZPURUA, G., «Título VI. De las Sucesiones, Capítulo VII. De las Legítimas y Otros Límites a la Libertad de Disposición por Causa de Muerte, Sección 1ª», en *Propuesta de Código Civil*, *op. cit.*, pág. 602; VV.AA., «Exposición de Motivos», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, *op. cit.*, págs. 23, «Artículo 467-17», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, *op. cit.*, pág. 95. Respecto al CC de Puerto Rico de 1930, su art. 1009 (2) contiene el mismo texto del enmendado art. 1056.2 del CC de España. No obstante, su contenido no se incluyó, ni aun modificado, en el P. del S. 1710 que se presentó, sin éxito, en el 2016 para adoptar un nuevo CC para Puerto Rico. Ni tampoco en el aún vigente intento para aprobarlo, a través del Sustitutivo de la Cámara al P. de la C. 1654, que actualmente se encuentra ante la consideración del Senado. 31 L.P.R.A. (LEYES DE PUERTO RICO ANOTADAS) sec. 2875 (2016); P. DEL S. 1710 de 25 de junio de 2016, *supra.*, Sustitutivo de la Cámara al P. de la C. 1654 de 30 de enero de 2019, *supra.*; GUZMÁN, R. A., *Código Civil de Puerto Rico*, *op. cit.*, pág. 163.

<sup>537</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 439; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 274. A su vez, TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil (Posible Sucesión Mortis Causa de la Empresa)», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, volumen I, Ed. Aranzadi, S.A., 1ª edición, Navarra, 2008, págs. 1656 – 1657 y notas 16 a la 21, comenta que existe un régimen sucesorio especial que resulta ser una aplicación concreta excepcional del art. 1056.2 del CC porque su finalidad, igualmente, es que se le transmita la explotación agrícola a un sucesor específico para que esta pueda preservarse y continuar existiendo a través del tiempo. La diferencia es que, mientras, la aplicación del supuesto del art. 1056.2 del CC es voluntaria, la de la legislación especial es forzosa. La autora se refiere al art. 32 del Decreto 118/1973, de 12 de enero de 1973, por el que se aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (LRDA), *op. cit.* Mediante este se establece un régimen sucesorio específico para las adjudicaciones a título de concesión administrativa. Este artículo fue enmendado por la

utilización por el testador representa una clara defensa de la conservación de la empresa familiar por encima del derecho que tienen los legitimarios a recibir su cuota en bienes de la herencia.<sup>538</sup> Sin embargo, es necesario aclarar que al ser una normativa orientada a la defensa de las legítimas, la aplicación del art. 1056.2 del CC solo surtirá efecto si el único bien, o el principal, en el caudal relicto del causante es la explotación económica o el paquete de acciones de la sociedad mercantil o conjunto de estas. En ese sentido, no será necesaria la aplicación de dicha normativa si, luego de asignar la empresa al adjudicatario, en la herencia quedan bienes hereditarios suficientes para pagar la legítima de los demás interesados.<sup>539</sup>

## § 2 ESTUDIO DEL APARTADO SEGUNDO DEL ART. 1056 DEL CÓDIGO CIVIL

### A. Sujetos a los que afecta la normativa

#### 1. Ámbito subjetivo activo

Es el parecer de algunos autores<sup>540</sup> que cualquier testador puede ser el sujeto activo que establece la aplicación de la excepción de pago en efectivo no hereditario de la legítima

---

Disposición Final Segunda de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrícolas (LMEA), *op. cit.* Igualmente, a través de la disposición del mencionado estatuto, se unificaron las normas sucesorias de transmisión *mortis causa* de la explotación cuando la adjudicación es en propiedad. Al respecto, la LMEA modificó el art. 35 de la LRDA para señalar que: «Por muerte del propietario la explotación no podrá ser objeto de división, y la transmisión “mortis causa” de la misma se ajustará a lo dispuesto en el Código Civil o en las disposiciones de igual carácter en las Comunidades Autónomas que sean de aplicación». Un comentario un poco más detallado sobre este particular, puede verse en: BUSTO LAGO, J. M., «Aspectos Sustantivos de las Operaciones Particionales de la Herencia», *op. cit.*, págs. 401 – 407 y 412 - 413.

<sup>538</sup> GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los Actuales Artículos 831 y 1056.2 del Código Civil...», *op. cit.*, pág. 131, «Los Nuevos Artículos 831 y 1056. 2 del Código Civil...», *op. cit.*, págs. 2026 - 2027.

<sup>539</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 438. Véase, además, a: CREMADES GARCÍA, P., «La Partición Hecha por el Testador con Actos *Inter vivos*», *op. cit.*, pág. 29. La necesidad de que exista una explotación económica para que sea aplicable la excepción del art. 1056.2 del CC, se hizo manifiesta durante la discusión de las enmiendas del Senado al Proyecto de Sociedad Limitada Nueva Empresa, hoy Ley 7/2003 de 1 de abril. En concreto, DELGADO ARCE, del Grupo Parlamentario Popular, puntualizó: «Otra de las problemáticas era la de la sucesión, la sucesión familiar, el relevo generacional, por qué desaparecían tantas empresas familiares a la segunda o a la tercera generación. Nos pedían que retocásemos el artículo 1.056 y dos concordantes del Código Civil. Es lo que hemos hecho con este proyecto de ley; no hemos creado un nuevo artículo 1.056, sino que hemos retocado dicho artículo **dando facilidades para que si el titular de la empresa familiar decide en su testamento que la empresa quede en manos de uno solo de los herederos**, se pueda abonar el resto de su legítima con efectivo extrahereditario con un plazo y en unas condiciones. Por tanto, hemos operado en el Código Civil una alteración mínima suficiente que **se circunscribe al patrimonio empresarial**, lo cual quiero dejar muy claro para que no se confundan los términos. Énfasis suplido. Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, Núm. 235, *supra.*, pág. 11985.

<sup>540</sup> MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, pág. 1181; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 266; RUEDA ESTEBAN, L., «La

contenido en el art. 1056.2 del CC. Así, se considera que es el testador el único que está facultado por dicho apartado para partir sus bienes en beneficio de aquel o aquellos que entienda conveniente, de forma que pueda preservar la indivisión de una explotación económica o el control de una sociedad de capital o grupo de estas, y ordenar que la legítima de «los demás interesados» sea abonada en efectivo no hereditario.<sup>541</sup> Eso sí, debe tratarse de un testador que tenga varios legitimarios, sin importar su parentesco. Es decir, lo mismo da si son ascendientes, descendientes o, incluso, hasta el cónyuge viudo.<sup>542</sup> A tal conclusión se llega no solo porque del texto del art. 1056.2 se cambió la palabra «padre» por «testador», sino, también, porque la referencia que se hacía al pago en metálico de la legítima «de los hijos» se modificó e hizo extensiva a «los demás interesados».

Sin embargo, hay otra tendencia doctrinal<sup>543</sup>, con la cual también coincidimos, que opina que la facultad de adjudicar la empresa o las participaciones societarias puede serle, además, atribuida al cónyuge supérstite, dentro de los parámetros del nuevo art. 831 del CC. El cónyuge fiduciario realizará esta tarea con la misma eficacia que si lo hiciera el testador, más aún porque conoce y actuará conforme a los anhelos de este, relacionados con el deseo de preservar la empresa o el interés de la familia. Eso sí, la explotación económica solo la podrá atribuir entre los hijos o descendientes que haya tenido con el testador, ya que este resulta ser el ámbito personal que establece el art. 831 del CC.<sup>544</sup> De esta forma, por

---

Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 213; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, págs. 121 y 124; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1930; ABELLA RUBIO, J. M<sup>a</sup>, «Capítulo III: Partición Extrajudicial - Partición Hecha por el Testador», *op. cit.*, pág. 160.

<sup>541</sup> Contrariamente, el marco de adjudicaciones que puede realizar el fiduciario del art. 831 del CC es más amplio que el permitido a través del art. 1056.2 del CC. Específicamente, el cónyuge o pareja de hecho fiduciaria no solo puede atribuir bienes concretos, sino que también puede asignar «bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar». Tales asignaciones, contrario a las del art. 1056.2 del CC que solo se pueden hacer efectivas a través de un acto *mortis causa*, pueden efectuarse tanto por actos entre vivos como por causa de muerte. RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 739 – 740, 745 - 746.

<sup>542</sup> FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 266; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 124; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1930.

<sup>543</sup> GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los Actuales Artículos 831 y 1056.2 del Código Civil...», *op. cit.*, pág. 133; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 483, 540 – 541, 555- 556, 742 – 743, 748 - 749; DÍEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, pág. 29.

<sup>544</sup> TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, pág. 1667, discrepa de este análisis. Su disidencia en cuanto a este aspecto la fundamenta en lo siguiente: «El artículo 1.056, párrafo II CC reserva al testador, causante de la transmisión *mortis causa*, únicamente el pago en metálico de las legítimas pero en ningún caso al cónyuge o persona con descendencia común del artículo 831.1.º y 6.º CC aunque sí le haya conferido la fiducia sucesoria pero además como señala HUERTA TRÓLEZ en aquellos supuestos en los que se consideran respetadas las legítimas, el número 3 da pie para rechazarlo pues añade que “están suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes



ejemplo, el cónyuge fiduciario puede atribuir la empresa familiar para que el beneficiado se encargue de cuidar a la persona legitimaria discapacitada, a la vez que el delegado ejerce la facultad de compensar en dinero no hereditario la parte legal correspondiente al resto de los sucesores del causante. Más coherente aún es esta perspectiva si se considera que puede darse el caso de que el empresario muera cuando todavía sus hijos son menores o demasiado jóvenes. Ante este supuesto, sin duda, la figura del cónyuge supérstite fiduciario es fundamental para que en la eventualidad pueda escoger cuál de sus hijos es el más idóneo para asumir la responsabilidad de administrar y dirigir el patrimonio familiar.<sup>545</sup> Precisamente, esta situación particular es la que causa la imbricación entre la normativa del art. 1056.2 del CC y del art. 831 del CC.<sup>546</sup>

Es evidente que el fiduciario del art. 831 del CC, usando la normativa contenida en el art. 1056.2 del CC, puede adjudicar la empresa o las acciones de la sociedad de capital, a favor del hijo o descendiente común que considere más adecuado, sin necesidad de la autorización específica del testador. Dicho proceder es inherente a sus facultades fiduciarias. A esta visión se ha añadido, a nuestro juicio correctamente, que es posible que el testador haya encomendado expresamente al fiduciario la facultad de atribuir la empresa cuando se trate de algún descendiente no común e incluso hasta de un extraño, partiendo de la premisa de que el cónyuge fiduciario tiene mayores potestades que un contador partidor testamentario. Claro está, bajo esta situación de hecho, que se sale del ámbito personal del art. 831 del CC, el testador debe designar quien será el adjudicatario del bien. Esto implica que el fiduciario solo cumplirá con la función de entregar el bien, como si se tratara de un contador partidor testamentario, y no estaría actuando en ejecución de la fiducia. En este sentido, se ha planteado que la relación entre los arts. 1056.2 y el 831 del CC resulta beneficiosa porque permite ampliar el plazo, de 5 años hasta, incluso, el momento de la

---

sólo al cónyuge que ejercitó las facultades” y en consecuencia lo sea con bienes que no pertenecen a la herencia del causante. La diferencia entre ambas propuestas opera en que en el caso de la fiducia no procede el aplazamiento del pago, ni éste puede ser fraccionado ni tampoco la aplicación de cualquier otro medio de extinción de las obligaciones de los contenidos en el artículo 1.156 CC, todos ellos notas típicas del pago de la legítima con dinero extrahereditario del artículo 1.056 párrafo II CC».

<sup>545</sup> GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los Nuevos Artículos 831 y 1056. 2 del Código Civil...», *op. cit.*, pág. 2027, «Los Actuales Artículos 831 y 1056.2 del Código Civil...», *op. cit.*, págs. 131 - 132.

<sup>546</sup> GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los Nuevos Artículos 831 y 1056. 2 del Código Civil...», *op. cit.*, pág. 2027, «Los Actuales Artículos 831 y 1056.2 del Código Civil...», *op. cit.*, pág. 132.

muerte del cónyuge o la pareja de hecho fiduciaria, para que el delegado pueda abonar la legítima de los conmutados.<sup>547</sup>

También, se ha entendido que a un contador partidor testamentario se le puede encomendar la ejecución de lo ordenado por el testador, al partir de la premisa de que ahora el art. 1056.2 del CC incorpora una referencia expresa a la posibilidad de que el aplazamiento para el pago pueda, además, ser realizado por este.<sup>548</sup> Ahora bien, en el caso específico del contador-partidor, la pregunta obligada sería: ¿qué facultades específicas tendría este para viabilizar la concreta aplicación del supuesto contenido en el art. 1056.2 del CC? Como norma general, el testador será el que designe a la persona beneficiaria de la adjudicación de la explotación económica. No obstante, hay quienes opinan que puede haber motivos para que el testador delegue en el contador partidor testamentario la responsabilidad de seleccionar al adjudicatario de los bienes. Por ejemplo, que en el momento de testar los descendientes eran menores o porque, simplemente, el testador deseaba que una persona objetiva y ajena a la familia, definiera qué hijo o participante de la sucesión, a la muerte del causante, era el más capaz para darle continuidad y dirección a la empresa. Bajo este contexto, se ha considerado que la voluntad del testador no puede ser quebrantada sin que existan fundamentos legales sólidos e incontrovertibles.<sup>549</sup>

No estamos de acuerdo con esta visión porque al contrario que el cónyuge fiduciario que goza de amplias facultades de actuación, el contador partidor testamentario solo puede actuar en representación del causante. Es decir, el contador partidor testamentario solo puede ejecutar lo que disponga el testador, siempre que no sea contrario a la ley. Más específicamente, el art. 1057.1 del CC solo permite que el testador delegue en el contador partidor su facultad particional.<sup>550</sup> No puede encomendarle su función dispositiva porque tal proceder sería contrario al art. 670.1 del CC, que impone un carácter personalísimo al acto de otorgar un testamento, razón por la que su elaboración no puede delegarse a una tercera persona ni efectuarse a través de comisario o mandatario. Como la elección del adjudicatario

---

<sup>547</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 742 – 744, 748 - 749.

<sup>548</sup> DÍEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, pág. 29. Véase, además, HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 133.

<sup>549</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7651.

<sup>550</sup> Significa que las facultades del contador partidor se limitan a partir la herencia entre los beneficiados, entregar legados, si el testador así lo hubiera dispuesto, y velar porque se cumpla el testamento, siempre que sus disposiciones no sean contrarias a normas imperativas del Derecho sucesorio. Véase: RDGRN de 14 de septiembre de 2009, (RJ 2009/4701); RDGRN de 20 de septiembre de 2003, (RJ 2003/6336).

de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones societarias, con el correlativo de definir quienes serán los no adjudicatarios, tiene un contenido dispositivo, ya que puede incidir en la facultad de mejorar o en la de atribuir el tercio de libre disposición y requiere de al menos un motivo, ya sea la conservación de la empresa o el interés de la familia, que es generado por el anhelo particular del titular de los bienes, el testador está impedido de delegar tal acción en el contador partidor testamentario. Es simple, al contador partidor se le puede delegar la partición, pero no la disposición.<sup>551</sup> Consideramos por ello que el testador puede delegar en el contador partidor testamentario la facultad atributiva que le concede el art. 1056.2 del CC, pero no puede ceder su facultad dispositiva que es la que construye y fundamenta su última voluntad.<sup>552</sup>

## 2. Ámbito subjetivo pasivo

El efecto del art. 1056.2 del CC recae sobre dos tipos de sujetos pasivos. Aquel cualificado como adjudicatario o conmutante, que es el que se beneficia con la asignación del bien inmueble o mueble. Otros a los que el mismo artículo denomina como «los demás interesados», que, igualmente, pueden clasificarse como los conmutados o perceptores del metálico, el grupo de sucesores que deberá recibir su legítima en efectivo no hereditario.

---

<sup>551</sup> DÍEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, pág. 29. Véase, también, a HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 133. Este autor añade que, como no implicaría delegación de la facultad dispositiva, el testador puede otorgar un testamento en el que instituya herederos a sus hijos en partes iguales y le otorgue al contador partidor la potestad de seleccionar, conforme al art. 1056.2 del CC, al que le va adjudicar la empresa o control de las cuotas sociales, estableciendo que el escogido deberá abonar la legítima del resto de no adjudicatarios en metálico extrahereditario. No estamos de acuerdo con este criterio. La facultad dispositiva del testador es indelegable bajo cualquier concepto. Seleccionar al adjudicatario de la empresa o de las acciones o participaciones sociales, conjuntamente con decidir quienes serán los no adjudicatarios, implicaría el ejercicio de dicha facultad, sin importar que el contexto fáctico sea modificado. Máxime cuando tal decisión debe estar atada al deseo del testador de preservar la explotación económica o de velar por el interés de su familia. Enfatizamos que la facultad particional es la única que puede delegarse al testador al contador partidor.

<sup>552</sup> Estamos de acuerdo con HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 135, respecto a que la facultad del art. 1056.2 del CC no es aplicable al contador partidor dativo del art. 1057.2 del CC. Esta facultad particional excepcional ha sido concedida por ley al testador. Aunque, doctrinalmente, se ha delegado al contador partidor testamentario, si el testador lo dispuso expresamente, y al cónyuge fiduciario del art. 831 del CC, por sus amplias facultades de actuación, en el contexto de hijos comunes, o por encomienda expresa del testador en caso de hijos que no sean comunes y siempre por su conexión con los móviles del testador que activan el supuesto del art. 1056.2 del CC. De alguna forma, directa o indirectamente, tales delegaciones están vinculadas a la voluntad del testador. Circunstancia que no estaría presente en la figura del contador partidor dativo porque su nombramiento, instado por los herederos y legatarios de parte alícuota que tengan al menos el 50% del caudal hereditario, no requiere de la existencia de un testamento, sino de la designación por el Secretario Judicial o el Notario. Sería improcedente que el Secretario judicial o el Notario asumiera la responsabilidad de hacer juicios valorativos sobre los móviles, la conservación de la empresa o el interés de la familia, que hacen viable la aplicación del supuesto del art. 1056.2 del CC. Si el causante hubiera querido hacerlo, lo hubiera hecho. Además, si el legislador hubiera querido otorgarle al contador partidor dativo la facultad del art. 1056.2 del CC, lo hubiera incluido entre las personas que pueden aplazar el pago de la legítima de los conmutados en metálico extrahereditario. Sin embargo, no lo hizo, pues solo incluyó al testador y al contador partidor testamentario.

Existen diversas interpretaciones doctrinales en cuanto a definir el tipo de persona que se puede incluir dentro de la clasificación de adjudicatarios y aquellas que podrían ubicarse en la de conmutados. Por un lado, está el enfoque teórico que mantiene un criterio amplio respecto a este asunto porque considera que los perceptores del efectivo no pueden ser únicamente legitimarios. Esta orientación la fundamentan en que el art. 1056.2 del CC, para referirse a los conmutados, no utiliza la frase «demás legitimarios», que resulta no inclusiva o limitativa, sino que acude a la expresión «demás interesados», que es inclusiva. Debido a este razonamiento, se entiende que los perceptores del metálico no solo podrán ser legitimarios, sino, también, aquellos que sean beneficiarios del tercio de mejora, por ejemplo, en el caso de la mejora de nietos viviendo los hijos, o el de libre disposición. En ese sentido, el adjudicatario tendrá que pagar el efectivo de uno u otro, dependiendo de a qué tercio se imputa el valor de la explotación económica o el de las participaciones sociales. Dentro del grupo de legitimarios, se considera factible incluir como conmutado al cónyuge supérstite porque se entiende que si es posible que por iniciativa de este, en caso de que concurra a la sucesión con hijos del testador, o de los herederos, si se tratara de hijos comunes, su legítima en usufructo le sea abonada en dinero, más aún tal proceder puede ser el resultado de la voluntad del testador.<sup>553</sup> Por otro lado, otros autores opinan que la expresión «disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados» es indicativa de que los conmutados serán exclusivamente los legitimarios, ya sean estos los «...hijos, descendientes por derecho, ascendientes en su caso, e incluso por extensión el cónyuge viudo».<sup>554</sup> Este último criterio nos parece más coherente con el espíritu del art. 1056.2 del CC. La expresión «demás interesados» debe estar ligada a la palabra «legítima». Como la legítima solo puede ser abonada a los legitimarios, la frase «demás interesados» no puede referirse a ninguna persona que se encuentre fuera de esa categoría. Por lo cual, se podría tratar de los hijos; los descendientes ulteriores, por derecho de representación; los ascendientes, en ausencia de los dos grupos de parientes mencionados; y el cónyuge supérstite.

También, es el parecer de algunos autores, con los cuales coincidimos, que el adjudicatario de la explotación económica o de las participaciones societarias puede ser tanto

---

<sup>553</sup> Arts. 839 y 840 del CC. MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, págs. 1183 – 1184; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 438.

<sup>554</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, págs. 216 – 217 y nota 281. Véase, también, a HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 128; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 266, que destaca que la norma del art. 1056.2 del CC es preferente a la facultad conmutativa de los arts. 839 y 840 del CC.

un legitimario como un no legitimario.<sup>555</sup> La conclusión de que puede ser un legitimario surge, claramente, de la interpretación literal del precepto. Evidentemente, si el adjudicatario debe pagar su legítima a «los demás interesados» y estos para recibir la misma deben ser legitimarios, entonces, el que tiene la obligación de abonarla debe ser también un legitimario. Más concretamente, se opina que, según el orden jerárquico de parentesco, se puede tratar de descendientes, en ausencia de estos, de los ascendientes e incluso del cónyuge viudo, con la obligación este último de pagar en efectivo la legítima de los descendientes o ascendientes del testador con los cuales concurra.<sup>556</sup> Esto significa que si el cónyuge viudo adjudicatario concurre con descendientes del causante, dicha asignación puede imputarse al tercio de libre disposición en propiedad, si así lo quiso el testador, y al tercio de mejora en usufructo, por lo que este deberá abonar en dinero la legítima de los interesados que incluirá el tercio de legítima estricta y la nuda propiedad de la mejora.<sup>557</sup> En cambio, si el cónyuge *supérstite* coincide en la sucesión con ascendientes, su adjudicación podría imputarse a dos tercios de la herencia en propiedad, si lo hubiera dispuesto así el causante, y tendrá que satisfacer en efectivo la tercera parte del caudal en propiedad, que resulta ser la parte legal correspondiente a la legítima de estos.<sup>558</sup>

En cuanto a la referencia a los no legitimarios, se opina, a nuestro parecer correctamente, que se trata no solo de aquellos que son familiares sino, también, de los que

---

<sup>555</sup> MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, pág. 1181; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, págs. 267 y 268; DíEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, págs. 29 y 30; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 464 - 465, «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 131, en cuanto a los no legitimarios solo se refieren a los nietos no a los extraños; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 127; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, págs. 1931 – 1933; ABELLA RUBIO, J. M<sup>a</sup>, «Capítulo III: Partición Extrajudicial - Partición Hecha por el Testador», *op. cit.*, pág. 162. También, RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 215, entiende que el adjudicatario puede ser un extraño. Aunque, este admite que su razón jurídica se desdobra entre el hecho de que la jurisprudencia, la doctrina clásica y la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003 de 1 de abril sugieren que el adjudicatario debe tener una relación familiar con el testador y el que la interpretación aséptica y literal del precepto obliga a concluir que un extraño puede ser adjudicatario.

<sup>556</sup> MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, págs. 1181 – 1182; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7650; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 465; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 127. Igual criterio mantuvo VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, volumen 2, (dir.) por M. Albaladejo García, Ed. Edersa, Madrid, 1989, pág. 159, al interpretar en conjunto el anterior art. 1056.2 y el pasado art. 821, ambos del CC.

<sup>557</sup> Ver los Arts. 808 y 834 del CC.

<sup>558</sup> Ver los Arts. 809 y 837.1 del CC.

son extraños.<sup>559</sup> De esta forma, los nietos del testador pueden ser instituidos como adjudicatarios de la explotación económica, aunque no sean legitimarios debido al hecho de que su padre o madre aún viva y no es indigno(a) para heredar ni fue desheredado(a) justamente por el causante, ya sea que la atribución se impute al tercio de mejora, porque su abuelo lo haya instituido en dicho tercio, en el de libre disposición o en ambos.<sup>560</sup> Tal posibilidad se considera viable por dos razones: (1) al nieto se le puede mejorar en vida de su padre o madre, en virtud del art. 823 del CC, e, incluso, hasta con el tercio de libre disposición; (2) a través del nieto el abuelo puede preservar la integridad de la empresa o el control societario, en base al interés de la familia.<sup>561</sup> Incluso, se ha pensado que dentro del círculo familiar del testador se puede extender la elección de posibles adjudicatarios hasta el cuarto grado colateral, que es el llamamiento de grado más lejano que la ley permite dentro de los parientes colaterales.<sup>562</sup>

Respecto a la posibilidad de que a un extraño se le adjudique la explotación económica o el paquete de acciones de una o varias sociedades de capital, compartimos la opinión<sup>563</sup> de

---

<sup>559</sup> MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, pág. 1182; CARBALLO FIDALGO, M., «Artículo 1056», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), P. De Pablo Contreras (coord.), Ed. Aranzadi, S.A., 2ª edición, Navarra, 2016, pág. 1664; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1933; ABELLA RUBIO, J. M<sup>a</sup>., «Capítulo III: Partición Extrajudicial - Partición Hecha por el Testador», *op. cit.*, pág. 162. Distintamente, en el caso del art. 831 del CC se establece claramente que el adjudicatario de las mejoras atribuidas por el fiduciario solo puede ser un hijo o descendiente común.

<sup>560</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7649; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 131, «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 464. Igual criterio mantuvieron diversos estudiosos de la materia al interpretar el enmendado art. 1056.2. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 49 – 50; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 949 – 950; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 158; PALAZÓN GARRIDO, M. L., *La Sucesión por Causa de la Muerte en la Empresa Mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 250 – 251.

<sup>561</sup> MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, pág. 1182.

<sup>562</sup> Para examinar los fundamentos de este parecer, véase: RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1509 – 1510. Por su parte, FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 267, no está de acuerdo con que el adjudicatario pueda ser cualquier familiar a los que se extienda el derecho a la sucesión intestada. Es su criterio que entre los legitimarios, el adjudicatario solo puede ser alguno de los que se encuentre entre los miembros de la familia nuclear.

<sup>563</sup> MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, págs. 1181 y 1183; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056...», *op. cit.*, págs. 1426 - 1427; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 268; GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los Actuales Artículos 831 y 1056.2 del Código Civil...», *op. cit.*, págs. 132 - 133, «Los Nuevos Artículos 831 y 1056.2 del Código Civil...», *op. cit.*, págs. 2027 – 2028; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 438. Por su parte, RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 215, mantiene un criterio similar, aunque con ciertas matizaciones y cuestionamientos. En

que esta es viable si la intención de ese acto es mantener la indivisión o el control del bien asignado por el mero propósito de conservar la empresa en sí misma. Tal criterio se sostiene en varias consideraciones. Primero, la modificación del art. 1056.2 del CC dentro de un estatuto mercantil sugiere que la finalidad que perseguía el legislador no era «jurídica» sino económica.<sup>564</sup> Segundo, el legislador estableció la disyuntiva entre el «interés de su familia» y la «conservación de la empresa», como motivos de la actuación del testador para utilizar el art. 1056.2 del CC. Tercero, aunque es conocido que las pequeñas y medianas empresas suelen ser empresas familiares, ni en el texto del art. 1056.2 del CC ni en la Ley 7/2003 del 1 de abril, que provocó su modificación, se alude expresamente a la empresa familiar. Ante este contexto, puede afirmarse que la meta que el legislador persigue con la aplicación del art. 1056.2 es que la unidad económica-productiva perdure a través de los años en beneficio de la sociedad y de la estabilidad económica del país y de la Unión Europea (UE). Tal propósito puede alcanzarse siempre que la empresa se deje a aquella persona que tenga las cualidades personales y profesionales adecuadas para darle continuidad. Bajo esta consideración es que el elemento definitorio en la elección del adjudicatario no será su relación familiar con el testador, sino los méritos de la persona seleccionada para cumplir con este cometido. Evidentemente, en este caso dicha adjudicación deberá imputarse a la parte de libre disposición y el heredero voluntario se verá obligado a pagar en metálico la legítima del resto de los sucesores interesados en la herencia.

Otra tendencia doctrinal difiere diametralmente de la perspectiva comentada. La misma entiende que a pesar del cambio terminológico en el texto del art. 1056.2 del CC, de «padre» a «testador», la perspectiva del precepto no se modifica, por lo que el adjudicatario debe ser un legitimario y no un extraño.<sup>565</sup> Además, dicha visión la sustentan en que al

---

concreto, respecto a este asunto, este destaca lo siguiente: «Hoy, al no aparecer la palabra “padre”, queda implícito que el adjudicatario no tiene por qué ser el hijo. El precepto se refiere al “testador” y parece que podrá disponer incluso a favor ... de extraños (porque no se exige relación familiar). Y es aquí donde se divide mi razón como jurista; por una parte la doctrina y la jurisprudencia clásica, así como la Exposición de Motivos se refieren al “entorno familiar”; pero una lectura aséptica del precepto, tomando como base para su interpretación exclusivamente la literalidad del mismo, nos lleva a la conclusión de que puede ser adjudicatario un extraño. Como las leyes no son lo que deseáramos sino lo que dicen, tendremos que aceptar esta posibilidad». Bajo el estudio del anterior art. 1056.2 del CC, en conjunto con el pasado art. 821 del CC, esta perspectiva fue también defendida por: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 159.

<sup>564</sup> La Unión Europea nació como Unión económica. Ver Declaración de Robert Shuman, 9 de mayo de 1950, [https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/shuman-declaration\\_es](https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/shuman-declaration_es), última consulta el 18 de marzo de 2019.

<sup>565</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7649; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Tema V: Partición y Colación», en *Derecho de Sucesiones*, R. Bercovitz Rodríguez – Cano (coord.), Ed. Tecnos (Grupo Anayas, S. A.), Madrid, 2009, pág. 209. También, TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, págs. 1662, 1663 y 1665, considera que los

nuevo art. 1056.2 del CC le resulta aplicable la esencia de las normas relacionadas con el pago de la legítima en efectivo. En este sentido, por un lado, se destaca que el art. 841 del CC exige que la asignación del bien se confiera al menos a uno de los legitimarios. Por otro lado, que el art. 821 del CC persigue, de alguna manera, un presupuesto similar porque solo dispone que un extraño satisfaga en metálico la legítima si la reducción del legado de finca de difícil división no resulta ser mayor que la mitad de su valor. Ante lo restrictivo de esta normativa, se considera que la misma no puede ser derogada por una «...norma tan oscura en su interpretación como el artículo 1056.2 CC».<sup>566</sup> A tales efectos, se entiende que la conservación de la empresa no es razón suficiente para permitir que la adjudicación del bien sea otorgado por el testador a un extraño, ya que el único interés del legislador al incluir ese justificante era confirmar la tesis doctrinal que se había generalizado en cuanto a que este constituye la materialización del interés familiar. Entonces, se considera que el único equívoco en el proceder legislativo fue mantener, en forma alternativa, las dos motivaciones del art. 1056.2 del CC, que al ser iguales ocasionan que la norma no solo sea redundante, sino que su interpretación pueda resultar confusa.<sup>567</sup>

De otra parte, la doctrina se ha cuestionado si la adjudicación del bien debe ser necesariamente a un solo adjudicatario o si puede hacerse a dos o más, en comunidad ordinaria, a cambio de cumplir la obligación de pagar en metálico la legítima de los demás participantes de la herencia. Ante esta disyuntiva, hay quienes creen que es perfectamente compatible con la norma que la empresa sea asignada a varios adjudicatarios porque tal acción facilita el pago de la legítima del resto, en la medida en que sería menor la porción

---

extraños no pueden ser destinatarios de la explotación económica o del control de las acciones de la(s) sociedad(es). Su parecer es que la norma sugiere la presencia de varios legitimarios, aquel que se beneficia con la adjudicación de la empresa o las acciones y aquellos que deberán recibir su legítima en metálico extrahereditario. Esto porque sino se quebraría el principio de intangibilidad cualitativa global de la legítima, que exige que los bienes de la herencia se queden en manos de algún legítimo. Véase, además, TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 131 – 132, «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 465. Nos parece que esta posición es un tanto contradictoria, por varias consideraciones. Por un lado, si se acepta, como hacen ambos autores, que el adjudicatario puede ser un nieto, que vivo sus padres, aunque familiar del testador, resulta ser también un no legítimo, se llegaría al mismo resultado que pretenden evitar si la adjudicación se confiere a un extraño. Es decir, se vulneraría igualmente el principio de intangibilidad cualitativa global de la legítima. Por otro lado, mediante el art. 821 del CC es posible que un extraño se quede con un bien indivisible o que no admite cómoda división, si cumple con el criterio cuantitativo objetivo de que su reducción no excede el 50% de su valor. Bajo este supuesto tampoco se respeta el mencionado principio. Entonces, es evidente que con cada uno de los supuestos que excepcionan el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima lo que persigue el legislador es flexibilizarlo en toda su amplitud para poder alcanzar un fin social mayor. En el caso del art. 1056.2 del CC, esa finalidad social se traduce en la pervivencia de la empresa o negocio, la preservación de los empleos y la estabilidad social y económica del país.

<sup>566</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056» *op. cit.*, pág. 7652.

<sup>567</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7652.



que de la misma habría de satisfacerse en dinero, y puede ser la manera más adecuada para cumplir el objetivo de preservarla indivisa.<sup>568</sup> No nos parece coherente con la regla del art. 1056.2 del CC que la asignación de una empresa a varias personas se justifique en que de esta forma será menor la cantidad a pagar a los demás legitimarios. Más bien, esta sería la consecuencia de la decisión del testador. Sería más acorde con el espíritu del art. 1056.2 del CC que el testador basara su determinación en la noción de que con dos titulares, o más, se gestionaría mejor la empresa. En ese sentido, somos partidarios de que la empresa puede atribuirse a más de un adjudicatario. Se trata de un supuesto de autonomía de la voluntad del testador y no vemos especial problema en aceptarlo. Por otro lado, están los autores que consideran que el testador, normalmente, atribuirá el bien a un adjudicatario.<sup>569</sup> Mientras, hay alguno que opina que existen argumentos tanto para favorecer la asignación de bienes a dos o más conmutantes como para condenarla. En concreto, se ha comentado que «[s]i se da una respuesta afirmativa se podría alegar el interés de la familia de preservar indivisa una explotación económica; por la negativa se podría alegar que preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas equivale a conservarla en manos de una persona individual».<sup>570</sup> De lo que se desprende que es tan significativo y, por tanto, protegible el interés de la indivisión de la empresa como el de que esta no se pulverice aunque se divida.

Un elemento importante que, también, ha sido objeto de discusión doctrinal es si el beneficio que el testador le confiere al adjudicatario, a través del art. 1056.2 del CC, puede ser transmitido por este *inter vivos* y *mortis causa* a sus causahabientes. Sobre este aspecto,

---

<sup>568</sup> TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, pág. 1665. Véase, además, a DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, págs. 438 y 439; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 131, «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 465; RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 215; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 268; DÍEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, pág. 29; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 127; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1935. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 159, estaba de acuerdo con este criterio al analizar el enmendado art. 1056.2 del CC. Su parecer lo fundamentaba en las siguientes consideraciones: «Ni veo inconveniente alguno en que el testador señale varios asignatarios, pues puede ocurrir que sean varios los hijos que lleven la empresa y porque el hecho de adjudicarla a varios hace más asequible el pago de la compensación en metálico, con lo cual se puede facilitar la finalidad de que la empresa no salga de la familia». Véase, además, a DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 50.

<sup>569</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 1426; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1510 – 1511. Aunque ambos autores reconocen que la normativa no impide que sean varios los beneficiados con la adjudicación.

<sup>570</sup> MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, pág. 1183.

se comenta que la respuesta a esta interrogante no es del todo clara. Esto porque, por un lado, la finalidad que persigue dicho precepto no se lograría si se permitiera la sustitución del adjudicatario del bien, luego que el testador se encargó de escoger a la persona que consideraba más conveniente para dejarle su explotación económica o el control de las acciones de una sociedad. No obstante, por otra parte, el hecho de que el conmutante no está obligado a conservar el bien adjudicado, se vislumbra como un argumento positivo para viabilizar su sustitución.<sup>571</sup>

Nos parece que todo dependerá del tipo de conmutante de que se trate. Es decir, si es un sucesor voluntario o un legitimario. De ser un heredero o legatario voluntario, el testador podría evitar la transmisión, *mortis causa* o *inter vivos*, de la explotación económica o de las acciones, y de esta forma darle cumplimiento a la finalidad del art. 1056.2 del CC, a través de la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria o de la imposición de una condición resolutoria o modo. Si no se establecieron ninguna de estas tres posibles limitaciones, el sucesor voluntario se convierte en el dueño, sin restricción alguna, de las acciones de la sociedad o de la empresa que el causante le dejó, una vez acepta la herencia y se pagan las legítimas. Siendo así, puede transmitir lo recibido *mortis causa*, obviamente respetando el pago de las legítimas si se diera el caso, o *inter vivos*, a quien le parezca. Incluso, como titular y gestor de la empresa o de las acciones, puede concebirse que su enajenación es una buena decisión empresarial a favor de su conservación, lo que resulta compatible con uno de los intereses que, precisamente, mueven al testador para hacer uso del recurso sucesorio del art. 1056.2 del CC. En cambio, si el adjudicatario es un legitimario, opinamos que el testador no va a poder impedir que este transmita, entre vivos o a su muerte, el bien adjudicado a sus herederos porque podría incurrir en la vulneración del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, en su vertiente de no sujetarla a gravamen, o en definitiva impedir que se cumpla la finalidad del art. 1056.2 del CC, que es la continuidad de la empresa.

## **B. Requisitos adicionales para hacer posible la aplicación del supuesto de partición especial contenido en el artículo 1056.2 del CC**

### **1. Ámbito formal**

No cabe duda que el hecho de que el legislador cambiara la palabra «padre» por «testador» sugiere que el sujeto activo al que se le delegó la potestad de seleccionar a la persona que sería beneficiaria de su empresa, a cambio de cumplir la orden de pagar la legítima de los conmutados, deberá hacer tal distribución a través de un acto testamentario o

---

<sup>571</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7649.

uno que, aunque no cumpla las formalidades del mismo, esté relacionado o en conexión directa con lo dispuesto en el testamento.<sup>572</sup> Es decir, el testamento válido, sin importar la modalidad utilizada por el causante y si este se otorgó antes, después o de manera simultánea al acto particional, será el título formal en el que se deberá sustentar la partición hecha por el testador.<sup>573</sup> Todo esto porque al contrario de la delegación de la facultad de mejorar contenida en el art. 831 del CC, que al ser una auténtica fiducia sucesoria hace posible que las mejoras sean determinadas por el cónyuge o la pareja de hecho fiduciaria, el art. 1056.2 del CC tiene una naturaleza exclusivamente particional. Esto hace que la efectividad de la cláusula de adjudicación realizada conforme el art. 1056.2 del CC esté supeditada a la existencia imprescindible de un testamento en el que se incluya una institución donde se defina quién o quiénes serán los adjudicatarios de la explotación económica o de las acciones de la sociedad de capital y en la proporción en que cada uno de estos lo será.<sup>574</sup> Significa que debe haber correspondencia entre el acto particional y la última voluntad del testador que se sigue de las cláusulas dispositivas contenidas en su testamento. Si no se da esa compatibilidad, la partición, ya sea efectuada en el testamento o en documento privado, contractual o unilateral, ha sido revocada tácitamente por el testador. Puede ocurrir, también, que el testador revoque expresamente la partición. Ya que este tiene la facultad de revocar su propia partición en cualquier momento.<sup>575</sup>

---

<sup>572</sup> Esta visión fue mantenida mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia, respecto al antiguo art. 1056.2 del CC. Véase: STS de 28 de junio de 1961, *supra.*; STS de 6 de marzo de 1945, *supra.*; STS de 9 de julio de 1940, Sala Civil, (RJ 1940/693); MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, págs. 181 – 192, en esp. las págs. 184, 185 y 191. HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 121, que añade, como resulta obvio, que la partición realizada por el testador no tiene cabida en la sucesión intestada.

<sup>573</sup> TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, pág. 1660; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, págs. 1930, 1945 y 1946. Como claramente expresa RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 213, el testamento «...no sólo se[rá] [el] requisito previo, simultáneo o posterior, sino también el vehículo hábil y único de esta adjudicación». En términos similares se expresa MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, pág. 1191, al comentar que no concibe «...una partición sin testamento al ser aquélla una ejecución adecuada de éste». Véase, además, FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, págs. 266 y 273, donde se establece que, incluso, la partición puede ser realizada en un protocolo familiar, siempre que haya sido convalidada por un testamento válido y eficaz. A lo que se añade que la partición integrada en un protocolo familiar «conservará su independencia de suerte que el testador podrá alterar por sí mismo su contenido, y sin perjuicio de los artículos 1341, 1379 y 1380 CC, para los bienes gananciales y de lo previsto en el artículo 826 respecto de la promesa de mejorar o no mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales».

<sup>574</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 737 y 744.

<sup>575</sup> HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, págs. 121 – 122.

Algún autor no está de acuerdo con esta apreciación porque entiende que hay cierta incoherencia entre lo que el legislador pretende con el art. 1056.2 del CC, en cuanto a su llamamiento a que la asignación del bien se haga constar o esté relacionado con su testamento, y la posibilidad de una sucesión contractual que se promueve en el art. 1271.2 del CC. Concretamente, se ha comentado que si la intención legislativa era establecer que la partición del art. 1056.2 del CC solo procede ante una sucesión testamentaria, resulta un contrasentido que, a la vez, en el art. 1271.2 se aluda a esta como una excepción a la prohibición de la sucesión contractual. Resulta incongruente, por un lado, favorecer la sucesión contractual, mientras, por otro, exigirle al testador que otorgue un testamento para poder hacer uso de la facultad que le concede el art. 1056.2 del CC.<sup>576</sup>

Aquellos que disienten de este análisis se apoyan en el hecho de que el supuesto del art. 1056.2 del CC tiene que ver con una disposición sucesoria dual, de carácter particional y dispositiva, de efectividad exclusivamente *mortis causa*. Por lo cual, el testador no solo puede modificarla, sino, incluso, revocarla.<sup>577</sup> La esencia de este tipo de partición especial no varía porque el legislador haya enmendado el contenido del art. 1271.2 del CC, a los efectos de que se puedan realizar contratos sobre herencia futura para practicar entre vivos, además de la división del caudal, «otras disposiciones particionales». Tal reforma no da motivos para pensar que, para el supuesto del art. 1056.2 del CC, se está favoreciendo la sucesión contractual.<sup>578</sup>

---

<sup>576</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7650.

<sup>577</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 213. Véase, además, a la siguiente jurisprudencia: STS de 28 de junio de 1961, *supra.*; STS de 6 de marzo de 1945, *supra.*; STS de 9 de julio de 1940, *supra.* Al analizar el art. 1056, MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 191, coincide con esta apreciación. Este autor entiende que la referencia que en el precepto se hace a las expresiones *inter vivos* y *mortis causa* tienen que ver con la posibilidad del testador de realizar la partición en un testamento o en un documento no testamentario. Sin embargo, estas dos modalidades de partición constituyen actos *mortis causa* unilaterales, producto de la entera y única voluntad del testador, cuya eficacia se difiere al momento de su muerte. Viene a ser el mecanismo partitivo a través del cual se ejecuta lo dispuesto en el testamento. Al estar subordinada al contenido del testamento, en esta se manifiesta su misma naturaleza, es decir, también es un acto revocable.

<sup>578</sup> Véase: RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, págs. 214 – 215; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 121, opina que el alcance del art. 1271.2 del CC es particional y no dispositivo, ya que su remisión al art. 1056 del CC evidencia que la partición convencional no podrá sostenerse si no está en conexión con las cláusulas testamentarias, que sí son de contenido dispositivo. CREMADES GARCÍA, P., «La Partición Hecha por el Testador con Actos *Inter vivos*», *op. cit.*, págs. 5, 29 – 31, en esp. las págs. 5, 29 - 30, coincide con este análisis. Para esta autora, la actual redacción y conexión entre los arts. 1271 y 1056 del CC «...limitan la eficacia de los pactos, a los de carácter particional y no dispositivo, lo que impide conferir al protocolo familiar, o a cualquier otro documento entre vivos, una especial vinculación contractual». Debido a que la referencia que se hace a la «partición *inter vivos*» en ambos artículos, no especifica el régimen jurídico que pudiera aplicarse a esos contratos. A esta conclusión llega, a pesar de que es partidaria de que se posibiliten los protocolos familiares y

Nos parece que el art. 1271.2 del CC no valida la sucesión contractual respecto al art. 1056 del CC. Del análisis integral de ambos preceptos se pueden derivar diversas conclusiones. De una parte, mediante el art. 1056 del CC, el testador puede efectuar la partición de sus bienes, además de a través de un testamento, que es la norma general, mediante un acto *inter vivo* al utilizar un documento privado que no requiere de las formalidades exigidas a las respectivas modalidades de testamentos.<sup>579</sup> Evidentemente, esta partición debe estar en conexión con las disposiciones testamentarias porque, sin importar su forma, constituye un acto de última voluntad. De existir incongruencias, predominan las disposiciones incluidas en el testamento porque es en este documento formal donde históricamente se ha reflejado la voluntad del testador, que es lo que siempre debe prevalecer. Aunque el acto particional, también, es reflejo de la voluntad del testador, esta se protege mucho más con las salvaguardas que se exigen a los respectivos testamentos. Terminológicamente hablando, la herramienta particional tiene que ver con atribuciones cualitativas, cuya existencia podría cambiar en el tiempo, que tienen el propósito de concretar el valor de la cuota de cada heredero con un bien específico. Mientras, la dispositiva integra los llamamientos, sean a título particular o universal, que principalmente tienen un alcance cuantitativo, al establecerse el valor de la cuota de cada heredero, aunque, ocasionalmente, puede incluir aspectos cualitativos, como, por ejemplo, los legados.<sup>580</sup>

De otra parte, lo que aporta el art. 1271.2 del CC es que hace posible que el testador pueda otorgar un contrato particional de su caudal hereditario con sus herederos, que no le resultará vinculante a él porque lo puede revocar, modificar o cambiar, directamente o a través de su testamento, pero sí será obligatorio entre ellos. También, este tipo de acuerdo puede ser realizado entre cónyuges, incluso en sus respectivos testamentos, a efecto de establecer qué bienes o participaciones gananciales le corresponde a cada cual, con la particularidad de que ninguno quedará vinculado por el contrato, o testamento, que pueden modificar o revocar, unilateralmente, cuando lo crean apropiado. Tal posibilidad, de no darse la revocación unilateral, resulta conveniente para mantener la pervivencia del negocio o la

---

pactos sucesorios, sin la limitación de que puedan ser revocados por el testador, y que considera que «[f]ormulado ya el modo, faltaría el refrendo legal para que esto fuera posible».

<sup>579</sup> Aunque, se recomienda que la partición se haga constar en documento público si se van adjudicar bienes que son inscribibles en el Registro de la Propiedad. Ya que si se hace en documento privado, conforme al art. 1279 del CC, deberá ser elevado a escritura por los herederos o mediante resolución judicial. Para tal proceso, será preciso llevar el documento particional junto con el testamento. (Ver: HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 123).

<sup>580</sup> HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, págs. 109 y 121.

empresa. Además, en este contrato, como sugiere el propio art. 1271.2 del CC, se pueden incluir otro tipo de disposiciones particionales, que pudieran estar relacionadas con el modo de abonar las legítimas, ya sea con efectivo no hereditario, dentro de un periodo de tiempo establecido, u otras formas de extinguir las obligaciones, según permite el art. 1056.2 del CC.<sup>581</sup>

Lo que sí es indiscutible es que sea una partición unilateral, porque, evidentemente, solo participe el testador, o una partición contractual, en la que participen los sucesores o solo los cónyuges, será necesario que exista un testamento anterior, posterior o simultáneo al acto particional. No pueden haber mecanismos particionales sin actos dispositivos. De ahí la importancia de que toda partición realizada por el testador, incluida la que esté relacionada con el supuesto del art. 1056.2 del CC, debe fundamentarse y ser compatible con un testamento válido. Esta realidad no la cambia la modificación que el legislador realizó al texto del art. 1271.2 del CC, por virtud de la Ley 7/2003 de 1 de abril, sino que la confirma.

## **2. Justificación del supuesto de partición especial**

Originalmente, el art. 1056.2 del CC permitía que el causante hiciera la partición de sus bienes para preservar la indivisión de una empresa, con el único motivo de lograr el interés de la familia. Esta razón que impulsaba al padre a atribuir la empresa a uno de sus descendientes no fue objeto de definición en la pasada normativa. Tal realidad ocasionó que la doctrina científica se viera precisada a interpretar el término «interés familiar». Por un lado, se entendió que «...este interés no [era] otro que el de procurar la conservación de la explotación dentro del grupo familiar para iniciar o seguir una línea de continuidad que peligraría gravemente si a la muerte del padre la empresa hubiese de ser adjudicada pro-indiviso a todos los hijos».<sup>582</sup> De forma parecida, se opinó «...que el interés de la familia esta[ba] en estrecha relación con el interés de los hijos o descendientes que, en definitiva,

---

<sup>581</sup> HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, págs. 122 y 123. Véase, además, la STS núm. 1186 de 21 de diciembre de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/9756), donde se determinó que era válida y eficaz la partición que, respecto a sus únicos dos bienes gananciales, dos cónyuges testadores efectuaron en sus respectivos testamentos. En dichos testamentos, se legaron entre sí el usufructo universal vitalicio, instituyeron herederos universales, en partes iguales, a sus tres hijos y partieron y adjudicaron sus bienes gananciales entre ellos, conforme a sus respectivas participaciones en los mismos, es decir, su 50%. Igualmente, en la STS de 21 de julio de 1986, Sala Civil, (RJ 1986/4575), se resolvió que era válida y eficaz la partición realizada por unos cónyuges fallecidos.

<sup>582</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 964 – 965, nota 355, igualmente, puede examinarse las páginas 952 y 957 – 959. Véase, además, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 160; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, págs. 162 y 163.

[iban] a ser los destinatarios de la explotación o, en su caso, del metálico».<sup>583</sup> Por otro lado, era el parecer de otro autor que el «interés de la familia» no era otro que la conservación de la empresa.<sup>584</sup>

La modificación que se realizó al art. 1056.2 del CC en el año 2003 mantuvo como justificante de la partición especial al mencionado interés familiar, pero lo adicionó, de manera alternativa, al de la conservación de la empresa. En esta ocasión, tampoco el legislador aclaró qué significaba el denominado «interés familiar» ni estableció una definición para el nuevo motivo de la conservación de la empresa, ambos dentro del supuesto de la norma. Desde siempre, en el CC se ha hecho referencia al concepto del «interés familiar» en contextos diferentes que tienen que ver con las relaciones paterno filiales, las relaciones conyugales, la economía del matrimonio e incluso el establecimiento de medidas provisionales por razón de una demanda de nulidad, separación o divorcio.<sup>585</sup> De ninguna forma, esta concepción del «interés de la familia» esta relacionada con el sentido del art. 1056.2 del CC que tiene que ver con preservar indivisa una empresa o mantener el control societario, después del fallecimiento del empresario. Entonces, ¿podría aplicarse hoy día la interpretación que la doctrina realizó de este concepto jurídico, bajo el supuesto del anterior art. 1056.2 del CC? La respuesta a esta pregunta debe ser en la negativa. Primero, parece contradictorio con la intención legislativa, e incluso hasta sería redundante, el afirmar que interés familiar es igual a conservar la empresa y el hecho de que el legislador incorporó como uno de los motivantes de la disposición testamentaria, el conservar la empresa. Segundo, la nueva normativa, contrario a la antigua, puede interpretarse a los efectos de que la empresa o las acciones de la sociedad mercantil pueden ser atribuidas a un extraño y así sacadas del ámbito familiar. Dado que el testador puede considerar que es la mejor forma de preservar y darle continuidad al negocio.<sup>586</sup>

---

<sup>583</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, op. cit., págs. 51 – 52. Véase, también, a MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, op. cit., págs. 162 y 163, que consideraba que la frase «interés de la familia» es una expresión subjetiva, por lo que al adjudicar la explotación, a alguno de los hijos o descendientes, el testador perseguía que esta se conservara íntegra dentro de la familia para que fuera el medio para su sustento.

<sup>584</sup> DIEZ PICAZO, L., «La Sucesión por Causa de Muerte y la Empresa Mercantil», en *Estudios de Derecho Privado*, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición, Madrid, 1980, pág. 322. Véase, además, DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, op. cit., pág. 722; PALAZÓN GARRIDO, M. L., op. cit., págs. 253 – 254; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, op. cit., pág. 708.

<sup>585</sup> Véase los Arts. 67, 70, 103.2 y 1389, todos del CC.

<sup>586</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», op. cit., pág. 217, «La Reforma del Párrafo 2 del Artículo 1.056...», op. cit., pág. 72, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, op. cit., págs. 707 – 708; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante

Por lo señalado, es claro que el objetivo del supuesto de partición especial contenido en el art. 1056.2 del CC, para preservar la indivisión de la explotación económica o mantener el control societario, debe estar unido a la justificación del interés familiar o a la conservación de la empresa.<sup>587</sup> Tal planteamiento surge, además, de la propia literalidad del precepto cuando dice: «[e]l testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia...».<sup>588</sup> Aquí, la «o» funciona como «[c]onjunción coordinante que tiene valor disyuntivo cuando expresa alternativa entre dos opciones...».<sup>589</sup> En este caso, la adjudicación del bien por el testador al adjudicatario debe estar motivada o concurrir, ya sea con el «interés familiar» o la «conservación de la empresa». No obstante, surge la interrogante de si la ausencia de algunos de estos dos justificantes pueden dar pie a una acción de impugnación por parte de los legitimarios no adjudicatarios o si, por el contrario, estos solo funcionan como meros móviles de la disposición testamentaria, donde lo medular es la voluntad del testador de preservar indivisa su explotación o mantener el control societario.

Este dilema fue resuelto por el TS al manifestar que «...no se necesita más fundamento que esa voluntad [, en referencia a la querencia del padre de mantener indivisa la explotación agrícola], lo cual aparece en este caso con toda claridad por emplear en la cláusula tercera del testamento las mismas palabras del artículo 1056 mencionado, en modo que no hacen precisa interpretación alguna».<sup>590</sup> Dicha doctrina se hizo formar parte del actual texto del art. 1056.2 del CC. De ahí el carácter subjetivo<sup>591</sup> que el texto de esta norma le imprime a la actuación

---

el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 126. Por su parte, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7652, opina que el precepto alude a un solo móvil que es el interés familiar. En cambio, MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, pág. 1181, aunque considera que son dos los motivos de adjudicación, opina que cuando el que concurre es el «interés familiar» inmerso en este estará el de la «conservación de la empresa» dentro de la familia. Sin embargo, si el que mueve la adjudicación es la «conservación de la empresa» no se requerirá que esté atada al interés de la familia del testador.

<sup>587</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 217, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 709; MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, pág. 1181; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 126; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1948.

<sup>588</sup> Énfasis Suplido.

<sup>589</sup> Real Academia Española, Diccionario panhispánico de dudas, 1ª edición, Octubre – 2005, [www.lemma.rae.es/dpd/?key=disyuntiva](http://www.lemma.rae.es/dpd/?key=disyuntiva), última consulta realizada el 7 de julio de 2015.

<sup>590</sup> STS de 19 de mayo de 1951, Sala Civil, (RJ 1951/1618).

<sup>591</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, págs. 217 – 218, «La Reforma del Párrafo 2 del Artículo 1.056...», *op. cit.*, págs. 72 – 73. Véase, también, a FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la*



del testador y a los motivantes de la misma. Este argumento se pone de manifiesto, por un lado, en que el legislador le brindó al causante la posibilidad de elegir cuál de los dos justificantes va a moverlo a utilizar la facultad que se le concede mediante el art. 1056.2 del CC. Además, se ha entendido que la expresión «en atención», utilizada en relación a cualquiera de los dos motivantes de la normativa, evidencia que tanto la «conservación de la empresa» como el interés familiar son meros justificantes de la partición especial seleccionada por el testador y no requisitos necesarios e imprescindibles para que esta sea viable. A esto se añade que tanto la naturaleza del interés familiar como el de la conservación de la empresa al ser de carácter, esencialmente, subjetivo, hace inviable o difícil que los no adjudicatarios puedan impugnar el acto particional especial bajo el criterio de que alguno de los justificantes no está presente. Respecto al «interés familiar» se destaca que puede tratarse de toda aquella actuación realizada por el testador para el beneficio de la familia. Por ejemplo, que el testador excluya de la adjudicación de la empresa al hijo conflictivo que no tiene buenas relaciones con sus hermanos o al que considere como enfermizo. Incluso, el que este opte por no asignarle la explotación económica al hijo que suele ser fácilmente manipulable por su pareja. Tal vez, que el testador decida atribuirle la empresa al hijo cuyas ideas considere más originales y de vanguardia para el negocio. En fin, circunstancias que son esencialmente subjetivas por ser producto de las apreciaciones del testador.<sup>592</sup> De igual forma, se ha considerado que la justificación de «conservar la empresa» es una cuestión, también, subjetiva porque tal deseo del testador no se alcanza, en todos los casos, ante la indivisión de la explotación económica o el mantenimiento del control societario. Para que tuviera efecto real la motivación de conservar la empresa, en el acto de otorgamiento de su testamento el testador debería conocer, en términos actuariales, cuál será la evolución que tendrá su negocio, a mediano y largo plazo. Sin embargo, tales datos, que sí son objetivos, no suelen tenerse cuando el testador va otorgar su testamento y aun teniéndolos no son del todo seguros porque pueden haber imponderables. Por lo que, basta que se pretenda conservar la empresa, aunque en efecto práctico no se consiga. A pesar de lo comentado, es importante resaltar que estos dos móviles de la adjudicación están inspirados en los tres principios en los que se fundamentó el legislador, que resultan ser la base del

---

*Sociedad Limitada Familiar*, op. cit., pág. 273; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», op. cit., págs. 126 - 127; GARCÍA HERRERA, V., op. cit., págs. 1948 - 1949.

<sup>592</sup> Aunque algunas circunstancias pudieran ser conceptuadas tanto como subjetivas como objetivas. Por ejemplo, que el testador le asigne la empresa o las acciones al hijo que tenga mejor preparación técnica o experiencia en la empresa.

cambio de titularidad o control empresarial, para redactar el art. 1056.2 del CC. Estos son: (1) unidad; (2) continuidad y (3) conservación.<sup>593</sup>

Por lo expuesto, coincidimos en que la validez de la disposición testamentaria está, exclusivamente, supeditada a la voluntad del testador de preservar indivisa la explotación económica. Sin embargo, en cuanto a la adjudicación de las participaciones en la sociedad de capital será necesario que, además de la voluntad del causante, estas verdaderamente garanticen el control societario. De otro modo resultaría imposible alcanzar el fin propuesto.

Si lo comentado hasta el momento se une al hecho de que el CC, la doctrina y la jurisprudencia promueven dar estabilidad a las particiones realizadas por el propio testador, puede establecerse que al conmutado le va a ser muy difícil impugnar la adjudicación del testador con el fundamento de que no se cumplió con alguno de los mencionados justificantes de la disposición testamentaria. Tampoco podrá utilizar, como base de su impugnación, el planteamiento de que el interés familiar o la conservación de la empresa se podían conseguir de otra manera.<sup>594</sup> Por un lado, el art. 1056.1 del CC alude a que se debe pasar por la partición hecha por el testador. Mientras, por otro lado, el art. 1075 del CC solo permite que se impugne la partición testamentaria si esta lesionó alguna legítima o si se presume que era otra la voluntad del testador. Ante tales consideraciones, hay autores que sugieren que la partición especial que el testador haga conforme al art. 1056.2 del CC, solo podrá impugnarse por el no adjudicatario si este logra evidenciar que la voluntad del causante no era conservar la empresa ni, tampoco, proteger el interés de la familia.<sup>595</sup> Esta acción de impugnación deberá ser promovida a través del juicio declarativo correspondiente y no como parte de un

---

<sup>593</sup> TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, págs. 1661 y 1662, citando a PALAZÓN GARRIDO, *La Sucesión por Causa de Muerte en la Empresa Mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 98 y ss.; FONT GALANT, J., *Derecho Mercantil I*, coord. A. Guillermo Jiménez Sánchez, 12ª imp., Barcelona, 2007, págs. 100 y ss.; BERMEJO PUMAR, M., *Instituciones de Derecho Privado. Sucesiones*, tomo V, volumen 3, Ed. Thomson – Civitas, Consejo del Notariado, Madrid, 2005, págs. 501 y ss.

<sup>594</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 218. Un criterio similar mantuvo DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 966, nota 355 y pág. 964, nota 355, citando a FOSAR BENLLOCH, «La Explotación Agrícola y el Párrafo 2.º del artículo 1056», en A.D.C., tomo XVI, II, 1963, págs. 384 y 385, al estudiar el anterior art. 1056.2 del CC. En sus palabras, este autor argumentó que «[n]i tampoco la simple invocación del interés de la familia podrá dar base a que se discuta el mayor o menor acierto del padre al elegir el adjudicatario». Como antítesis de su visión, este aludió al pensamiento de FOSAR BENLLOCH, el cual resume de la siguiente manera: «...cuando el padre hace uso de la facultad que comentamos [en referencia al pasado artículo 1056.2.] se presume la existencia del interés familiar, pero que será posible la impugnación si se prueba que el padre no actuó en interés de la familia, especialmente cuando demuestre que obró en contra de ese interés».

<sup>595</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 218, «La Reforma del Párrafo 2 del Artículo 1.056...», *op. cit.*, pág. 74; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1949. PALAZÓN GARRIDO, M. L., *op. cit.*, pág. 254, coincide con este criterio al analizar el anterior art. 1056.2 del CC, respecto al «interés de la familia» que era el único móvil que contenía dicha normativa.

juicio de testamentaria, puesto que este último, además de resultar dilatorio, sería inútil porque ya la partición fue realizada por el testador.<sup>596</sup>

### 3. Ámbito objetivo

El régimen precedente del art. 1056.2 del CC tenía como único objeto de la partición la explotación agrícola, industrial o fabril. Este supuesto posibilitaba que el testador definiera la persona que consideraba como el sucesor más adecuado en la titularidad de cualquiera de las tres modalidades de explotaciones.<sup>597</sup> Todo a cambio de que el adjudicatario pagara en metálico la legítima. Debido al cambio sufrido por el precepto en el 2003, se duplicó el objeto de la partición.<sup>598</sup> En concreto, se hace mención a la explotación económica, terminología que implica no solo una adaptación a los tiempos, sino también una ampliación en la concepción del tipo de empresa, indistintamente de su configuración, al que resulta aplicable la regla del art. 1056.2 del CC. Además, se incorporó la referencia al objeto del mantenimiento del control de una sociedad de capital o grupo de estas.<sup>599</sup> Ahora, es preciso

---

<sup>596</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 160 – 161, citando las STS de 17 de octubre de 1960, STS de 21 de noviembre de 1939, STS de 16 de febrero de 1932, STS de 10 de abril de 1931, STS de 3 de diciembre de 1931; RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 218; PALAZÓN GARRIDO, M. L., *op. cit.*, pág. 255, citando a la STS de 17 de octubre de 1960, R.J.A. 1960/3423, CDO. 1<sup>o</sup>.

<sup>597</sup> Desde siempre, la doctrina mayoritaria interpretó que la numeración de tipos de explotaciones no era excluyente sino más bien inclusiva. Así, por ejemplo, lo entendía VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 159, al indicar que «...no se duda de que esta numeración no es limitativa, sino sólo indicativa y que no excluye explotación alguna – v. gr. comercial – cuya conservación pueda ser de interés de la familia». Igual criterio extensivo del anterior art. 1056.2 del CC mantenía DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 50, al comentar que el objeto de la partición hecha por el testador podría tratarse de cualquier tipo de explotación de índole familiar. Por su parte, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 951 – 952, solo hacía extensiva la enumeración de explotaciones a aquellas mercantiles o comerciales, por entender que podían ser similares o analógicas con la fabriles, agrícolas e industriales a las que aludía el pasado art. 1056.2 del CC. Esta apreciación la justificaba en la concepción de norma excepcional que la doctrina mayoritaria le había dado a dicho precepto. Véase, además, BUSTO LAGO, J. M., «Aspectos Sustantivos de las Operaciones Particionales de la Herencia», *op. cit.*, pág. 420.

<sup>598</sup> Distintamente, la aplicación del art. 831 del CC no exige criterio objetivo alguno. Esto porque, a pesar de que en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, se alude a que la modificación de dicho precepto se realiza para proteger al discapacitado o al incapaz, tal propósito no se hace formar parte del texto de esta normativa. Tal circunstancia es indicativa de que el ámbito de aplicación del art. 831 del CC incluye a los hijos y descendientes en general y no solo a aquellos que sean discapacitados. RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 737 – 738, 744 – 745.

<sup>599</sup> Sobre estos criterios objetivos, hay autores que se inclinan a pensar que es una mera enumeración no exhaustiva porque las exclusiones se hacen de forma expresa. En definitiva, que incluye a cualquier explotación que se desee conservar porque tiene un interés familiar. TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, pág. 1661; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1512.

pasar a definir las características que deben estar presentes en cada uno de estos casos para que se pueda activar la partición especial que se regula en el art. 1056.2 del CC.

En el caso de la explotación económica, es evidente, como se mencionó previamente, que el legislador hizo parte del actual texto del art. 1056.2 del CC la interpretación extensiva que la doctrina mayoritaria le había conferido a la normativa anterior. Bajo el término explotación económica se incluye toda aquella empresa que, sin importar su estructura o el sector al que se dedique, tenga una concepción económica.<sup>600</sup> Ahora bien, para establecer la existencia de la empresa en el caudal hereditario es suficiente, de acuerdo al TS<sup>601</sup>, que el testador lo haya alegado en su testamento. En ese sentido, tal alegación tendrá el efecto de una presunción *iuris tantum* que solo puede rebatirse si aquellos que impugnan la existencia de la empresa logran demostrar efectivamente su inexistencia. Si esta presunción logra rebatirse, la doctrina mayoritaria<sup>602</sup> plantea que la adjudicación deberá declararse nula y deberá realizarse nuevamente bajo los parámetros de los arts. 1061 y ss. del CC, relacionados con las normas de la partición general.

Otro elemento esencial para que la partición especial del art. 1056.2 del CC sea viable en relación con una empresa es que esta sea de la titularidad del testador. Este criterio ha sido orientado por la normativa del CC, en específico por su art. 1056.1 que alude a «...la partición de sus bienes...», a que la explotación económica tiene que ser propiedad del

---

<sup>600</sup> ABELLA RUBIO, J. M<sup>a</sup>, «Capítulo III: Partición Extrajudicial - Partición Hecha por el Testador», *op. cit.*, pág. 161; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 125, opina que en este término amplio de «explotación económica» podrían caber «...las explotaciones agrícolas, industriales, comerciales y de servicios, incluso las actividades profesionales a las que se hallen vinculados elementos patrimoniales necesarios y útiles para su desarrollo». Por su parte, MILLÁN SALAS, F., *op. cit.*, pág. 1184, aclara que «[e]n cuanto a la explotación económica, no sería aplicable el art. 1056.2 del CC cuando en la herencia existan bienes pero éstos no formen parte de una explotación económica». A tales efectos, este define el concepto explotación económica como «...el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de una actividad económica, primordialmente con fines de mercado, y que constituya en sí misma una unidad técnico – económica». Véase, además, a FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, págs. 273 – 274 y HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 125, para otras definiciones del término explotación económica. Para examinar diversas definiciones del concepto empresa, se puede revisar: PALAZÓN GARRIDO, M. L., *op. cit.*, págs. 27 – 106, 255 – 256.

<sup>601</sup> STS de 19 de mayo de 1951, Sala Civil, *supra*.

<sup>602</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio. Estudios Dispersos Sobre Las Legítimas*, volumen III, *op. cit.*, págs. 365 y ss.; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 436; PALAZÓN GARRIDO, M. L., *op. cit.*, pág. 257; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1938, hace extensiva esta conclusión tanto a la explotación económica como a las acciones o particiones sociales. En cambio, para la doctrina minoritaria, entre los que se encuentra JORDANO BAREA, J. B., «Dictamen sobre el Abuso de la Facultad Prevista en el Párrafo 2º del Artículo 1056 del Código Civil y otras Cuestiones», en *A.D.C.*, Fascículo 4, 1964, págs. 944 – 949, 951 y 958, si se logra establecer la falta de la condición de empresa, el uso del testador de la facultad que le concede el art. 1056.2 del CC resultaría abusivo y este habría incurrido en preterición al privar a los legitimarios del aspecto cualitativo de su legítima.

testador. Así, incluso, lo ha entendido el TS en diversas sentencias en las que declaró nula la adjudicación de bienes gananciales que el testador realizó, fundamentado en el art. 1056 del CC, por no ser de su única propiedad.<sup>603</sup> Aunque, hoy día, si el régimen económico es el de sociedad de gananciales se puede lograr la sucesión *mortis causa* de la explotación económica o de las acciones o participaciones de la sociedad o sociedades de capital, utilizando el actual art. 1056.2 del CC en combinación con los arts. 1379, 1380, 1406.2 y en especial el enmendado art. 831 del CC. Siempre teniendo en cuenta que el éxito de tal proceder es la redacción cuidadosa y correcta del testamento, que es la pieza clave y angular de todo este proceso.<sup>604</sup>

Sobre este asunto, también, es importante añadir que la doctrina se ha encargado de ampliar este enfoque a los efectos de que basta con que el causante sea titular de la empresa bajo otros derechos distintos al de propiedad.<sup>605</sup> Por ejemplo, mediante un contrato de arrendamiento por varios años, que contenga una cláusula que permita la sucesión. Otra opción viable sería a través de un usufructo amplio, aunque no vitalicio. Bajo este segundo supuesto de hecho, el testador podría adjudicar la empresa sobre la cual mantiene un derecho de usufructo, por el tiempo que resta para que concluya el mismo.

---

<sup>603</sup> STS núm. 668 de 14 de julio de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/3361); STS núm. 641 de 15 de junio de 2006, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/3538); STS núm. 805 de 7 de septiembre de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/6395); STS de 7 de diciembre de 1988, Sala Civil, (RJ 1988/9301); STS núm. 1186 de 21 de diciembre de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/9756); STS de 21 de julio de 1986, Sala Civil, (RJ 1986/4575). Véase, además, MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 1427; PALAZÓN GARRIDO, M. L., *op. cit.*, págs. 265 – 266; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, págs. 1938 - 1942.

<sup>604</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, págs. 222 - 223, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 716. Véase, también, a MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, pág. 1186. TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 132, «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 466, por su parte, y aludiendo a la STS de 12 de marzo de 1993, (RJ 1993, 1794) y a la STS de 26 de abril de 1997, (RJ 1997/3542), entienden que no existe impedimento para que el testador incluya en su partición testamentaria bienes gananciales. No obstante, ambos autores enfatizan que la efectividad de esta partición quedará supeditada al régimen de los arts. 1379 y 1380 del CC. Es decir, a que los bienes comunes adjudicados por el testador le sean atribuidos en su lote cuando se realice la liquidación y división del haber conyugal. Por lo cual, estos opinan que persistirá la comunidad hereditaria sobre la parte de gananciales que le corresponda al testador. Más específicamente, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 105 – 107, comenta que los arts. 1379 y 1380 no solo reglamentan los legados de cosa ganancial, sino también cualquier disposición testamentaria sobre bienes gananciales, sea a título de herencia o de legado. En ese sentido, el cumplimiento de la disposición estará supeditada al resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales. Es decir, su eficacia será total si el bien atribuido se adjudica a la herencia del testador. Si no se da tal suceso, entonces, «...se entiende que existe un legado de valor, referido al que tuvieron los bienes al tiempo del fallecimiento». pág. 106.

<sup>605</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, S. A., 5ª edición, Barcelona, 1993, pág. 151; DÍEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, pág. 30. Véase, además, PALAZÓN GARRIDO, M. L., *op. cit.*, pág. 258; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 712, citando, también, a LACRUZ BERDEJO, J. L., «Notas al Binder», pág. 309.

Por su parte, la inclusión del novedoso objeto del mantenimiento del control societario ha sido criticado por la doctrina debido a que su regulación, al ser escueta e insuficiente, ha generado una variedad de cuestionamientos.<sup>606</sup> Tal realidad ha propiciado que sea la doctrina la que, con sus interpretaciones y análisis, llene las lagunas generadas por la redacción del art. 1056.2 del CC. Concretamente, se ha definido que la referencia que en la normativa se hace a las sociedades de capital es una inclusiva, lo que implica que el art. 1056.2 del CC es aplicable a cualquier forma societaria válidamente constituida, ya sea esta anónima, limitada, colectiva o comanditaria, porque inmersa en cada una de estas se puede encontrar una explotación económica o empresa, lo que en definitiva es la razón de ser del precepto objeto de estudio.<sup>607</sup> Sobre este asunto, sugerimos que el objetivo de mantener el control participativo de una sociedad debe referirse a aquellas cuyo objeto social sea de índole empresarial.<sup>608</sup> Sin duda, estas perspectivas doctrinales son concordantes con la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003 de 1 de abril, la cual alude a que la intención de las modificaciones al Código Civil persiguen proveer de instrumentos adecuados para que en vida del empresario se pueda dar la sucesión más apropiada de la empresa, en todas sus

---

<sup>606</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, págs. 220 - 221, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 713 - 714.

<sup>607</sup> HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 125; MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, págs. 1184 - 1185; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1937.

<sup>608</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7653, considera necesario que se conjugue el mantenimiento del control societario con la necesidad de que la sociedad sea de naturaleza empresarial porque «...de no exigirse la doble finalidad, la nueva norma dejaría en manos del causante la aplicación del pago en metálico a cualesquiera casos en que lo deseara, pues bastaría con la aportación de todos sus bienes a una sociedad instrumentada precisamente para poder eludir la necesidad de respetar las legítimas en bienes de la herencia, y para justificar la aplicación de las específicas consecuencias del precepto». RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, págs. 220 - 221, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 713 - 714, coincide con este parecer al comentar que el hecho de que el art. 1056.2 del CC solo menciona el mantener el control de la sociedad o sociedades, pero no aclara a que tipo de sociedad se refiere ni alude a su objeto social y mucho menos a la actividad empresarial, puede ocasionar un «...posible fraude de las sociedades patrimoniales (mera tenencia de bienes), por ejemplo una Sociedad Limitada que es todo lo que tiene el testador y ésta tiene en su patrimonio dos o tres inmuebles (vivienda... y coches...). Es un fraude de los derechos de los legitimarios que pueden exigir que se paguen sus derechos en bienes de la herencia, o que se utilice la vía de los artículos 841 CC y siguientes y al menos ostenten las garantías de los artículos 843 y 844 del CC». Véase, también, DÍEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, pág. 29. Distintamente, HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, págs. 125 - 126, entiende que por la literalidad del precepto que alude a «mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas», sin que se especifique el objeto de la misma ni se establezca que su carácter debe ser empresarial, se debe concluir que el art. 1056.2 del CC debe ser aplicable a cualquier testador que tenga acciones o participaciones suficientes para conferir el control de una sociedad patrimonial o de mera tenencia de bienes. Más aún, considerando que una sociedad limitada o anónima no necesariamente tiene que tener un objeto mercantil o empresarial. Con este razonamiento, coincide GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1937.

manifestaciones posibles, ya sea empresarial, societaria e individual, entre otras.<sup>609</sup> Puede deducirse que la *ratio* del actual art. 1056.2 del CC es preservar la conservación y continuidad de la empresa, independientemente de su configuración.<sup>610</sup>

Además, respecto a este segundo objeto, las acciones o participaciones sociales, la doctrina ha puntualizado otras reflexiones interesantes, adicionales al hecho de que, como se ha examinado previamente en relación al primero, estas también deben existir y ser de la titularidad del testador. En cuanto al «control», este solo se mantiene si las acciones atribuidas por el testador son suficientes para lograrlo.<sup>611</sup> Esto no significa que el número de acciones que exceda del límite para alcanzar el «control» puede ser impugnado por los no adjudicatarios. Se tiene que entender que el término «control» debe analizarse en concordancia con la voluntad del testador, es decir, con su deseo de asignar al conmutante una cantidad determinada de acciones.<sup>612</sup> Un criterio similar ha sido planteado para las «participaciones societarias» atribuidas por el testador al adjudicatario. Más concretamente, se ha argumentado que, además de las asignaciones de las «participaciones» que proveen mayoría de voto, son admisibles, también, la de aquellas que son «...inferiores a la mayoría absoluta, porque ... hay sociedades que son controladas por mayorías de pequeños porcentajes de capital social (por ejemplo el 10% de un banco)».<sup>613</sup>

Por último, en cuanto a la palabra «mantener», algún autor<sup>614</sup> ha opinado que puede ser peligroso interpretarla de forma literal dentro del art. 1056.2 del CC. Esto porque aunque el

---

<sup>609</sup> Exposición de Motivos, Parte I y II, *supra*.

<sup>610</sup> Comparte este criterio ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7654, al exponer: «En nuestra opinión hay que poner coto a una interpretación demasiado laxa del precepto que, mediante el uso de la sociedad patrimonial, lo lleve a brindar de modo generalizado una alternativa al régimen normal de pago en metálico de la legítima. Esta contención en la interpretación del precepto se debe apoyar en la exigencia en la norma de una especial finalidad justificadora de las atribuciones participacionales previstas en ella, que es la conservación de una empresa...no debiera haber hablado la norma de sociedad de capital como alternativa a la idea de explotación económica; hubiera bastado indicar que la explotación económica puede transmitirse del modo previsto en el precepto aunque su titularidad no correspondiera directamente al causante, sino a una sociedad cuyas participaciones transmitía el causante, lo cual hubiera dejado mucho más claro que en esta hipótesis también se debe respetar la *ratio* del precepto».

<sup>611</sup> TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, págs. 1661 y 1662, citando a BERMEJO PUMAR, M., *Instituciones de Derecho Privado. Sucesiones*, tomo V, volumen 3, Ed. Thomson – Civitas, Consejo del Notariado, Madrid, 2005, págs. 501 y ss.

<sup>612</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 221, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 714.

<sup>613</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 221, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 714. Véase, además, HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 127.

<sup>614</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 714, «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 221. Sin duda, la

art. 1056.2 del CC es una norma sensitiva, al momento de redactar las cláusulas testamentarias que tengan que ver con este, se debe tratar de que su aplicación resulte equilibrada, sensata y lógica para las circunstancias fácticas de cada testador. Sujeto a estas premisas, se ha entendido que ceñirse a la literalidad del término «mantener» obligaría a concluir que la facultad del art. 1056.2 del CC solo se aplicará si al asignar las acciones o participaciones, y en particular en el momento de apertura de la sucesión, el testador contaba con el control societario. En cambio, bajo el mismo supuesto de literalidad, sería contrario a la esencia del art. 1056.2 del CC que el testador atribuya un paquete de acciones o participaciones que no le conferían el control sobre la sociedad o sociedades, pero que al unirse a las que ya tenía el adjudicatario le brindan a este el control sobre estas. Ante este contexto, nos inclinamos por la opción de interpretar la palabra «mantener» de forma literal. Esto porque, solo se mantiene lo que existía, se tenía y se desea proteger. Darle una interpretación más laxa a este término sería sobre extender la intención legislativa que se persigue con este, que no es otra que darle continuidad a una empresa que ya se tenía, ya fuera a través de su estructura física o de su poder accionario o participativo en una sociedad. De todas formas, si el testador quisiera dejarle a un hijo o descendiente una cantidad de acciones o participaciones que no proveen control societario, puede hacerlo a través del supuesto del art. 841 y ss. del CC.

### § 3

#### **EFFECTOS DE LA ADJUDICACIÓN EN LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ADJUDICATARIO Y EN LA DE LOS CONMUTADOS**

Dentro de la doctrina hay criterios encontrados no tanto en relación a la posición jurídica del adjudicatario, pero sí respecto a la del perceptor de su legítima en metálico. Es prácticamente unánime la perspectiva de que el conmutante al ser beneficiado con la explotación económica o las participaciones de la sociedad o sociedades de capital ha sido instituido como heredero por el testador.<sup>615</sup> Esto debido a que el adjudicatario va a recibir

---

exposición argumentativa de este autor permite deducir que es partidario de una interpretación no literal del término «mantener», en específico, y del art. 1056.2 del CC, en general.

<sup>615</sup> MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, pág. 1193; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7660; TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, págs. 1663 – 1665; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1511; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 128, lo considera como la situación normal; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 132 – 133, «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 466 – 467, enfatizan que se debe entender que el adjudicatario ha sido instituido como heredero aunque el testador lo haya nombrado como legatario en su testamento, porque va a recibir, prácticamente, la totalidad del caudal hereditario o una parte muy significativa de este. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo



más bienes hereditarios que los que tendría derecho a percibir, razón por la que es coherente que el testador le imponga la obligación de compensar en efectivo no hereditario la legítima de los conmutados.<sup>616</sup> En este contexto, si el beneficiado de la asignación de la empresa o de las acciones de una sociedad, que representa una parte sustancial o total del caudal relicto, es un descendiente, se ha entendido que el testador lo ha mejorado, ya sea a través del tercio de mejora, el de libre disposición o, incluso, hasta en ambos tercios.<sup>617</sup>

Este tipo de mejora puede ser establecida expresamente por el testador en su testamento. De igual forma, puede deducirse de la voluntad del testador que es su deseo que la adjudicación de la explotación económica se considere como una mejora tácita, en la medida en que del testamento no se desvela su interés de que a los conmutados se les abone más de su parte legal en la legítima estricta.<sup>618</sup> Esto porque se piensa que cuando el testador asigna su empresa familiar a un hijo o descendiente en particular, lo hace con el deseo de mejorarlo. Sobre este punto, a modo de aclaración, se ha señalado que la circunstancia de

---

1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 162, al analizar el pasado art. 1056.2 del CC, lo entendía como «...una institución de heredero gravada con el modo o carga de abonar en dinero la legítima de los demás interesados». DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 52 – 53, avala esta apreciación, también en relación a la anterior normativa, al señalar: «La persona elegida por el testador como destinataria de la explotación parece tener de un modo claro la cualidad de heredero. Normalmente así será designado en el testamento, pero incluso aunque el testador lo nombre legatario, pensamos que debe entenderse que estamos ante una institución de heredero, ya que recibirá la totalidad del caudal hereditario». Igual criterio, respecto al anterior art. 1056.2, mantiene MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, págs. 192 y 194, porque considera que el adjudicatario de la explotación es un heredero si esta cubre la totalidad o gran parte de la herencia del causante.

<sup>616</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1512; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 717, «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 223. En referencia al estudio del enmendado art. 1056.2 del CC: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 161; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 53 – 54.

<sup>617</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1511; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 133, «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 467; TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, pág. 1668; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 128, considera que esta sería la hipótesis normal, aunque pueden suscitarse diversas cuestiones fácticas. Por su parte, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 167, al interpretar el supuesto del anterior art. 1056.2 del CC, destacaba que el adjudicatario no solo se beneficiaba cualitativamente de la asignación, sino también de la mejora cuantitativa que esta entraña. Mientras, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 53, también en torno al anterior art. 1056.2 del CC, comenta que siempre que el testador no haya utilizado el tercio de libre disposición se puede entender que este le fue atribuido al adjudicatario del bien. Esto, sin importar que le haya conferido una mejora expresa, pero no se hubiera expresado sobre el tercio de libre disposición. Se entiende que aquí debe proceder el sentido amplio de la figura jurídica de la mejora.

<sup>618</sup> TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, pág. 1668. Véase, además, RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 224, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 719. En referencia al pasado art. 1056.2 del CC, puede examinarse: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 53.

haber sido mejorado no varía el hecho de que el descendiente adjudicatario haya sido instituido solo como heredero. Esta puntualización se provee porque el análisis combinado de los arts. 833<sup>619</sup> y 890.2<sup>620</sup> del CC refleja que es posible que el testador, en el caso de un hijo o descendiente, defiera la mejora a título de legado. Ante esta posibilidad, como ambos preceptos indican, el hijo o descendiente adjudicatario podría renunciar a la herencia y aceptar el legado o viceversa. Sin embargo, se entiende que tal eventualidad no debe ser aplicable al supuesto de partición especial del art. 1056.2 del CC porque sería contraria a la voluntad del testador de preservar la indivisión de la empresa o mantener el control societario.<sup>621</sup>

Otro sector doctrinal, aunque coincide con la apreciación de que el caso del descendiente adjudicatario se trata de un mejorado, discrepa de que la institución de este sea necesariamente como heredero. Es su parecer que la voluntad del testador es el único factor determinante en la forma en que será instituido el adjudicatario, ya sea como heredero, legatario, legatario de parte alícuota de la herencia o heredero *ex re certa*.<sup>622</sup> En ese sentido, si el hijo o descendiente adjudicatario es instituido como legatario, se definirá si el legado de la explotación o participaciones de la sociedad constituye mejora, según la norma establecida en el art. 828 del CC.<sup>623</sup> En cambio, si este es instituido heredero, para determinar si la adjudicación constituye una mejora, se deberá atender a lo dispuesto expresa o tácitamente por el testador en su testamento.

Respecto a la posición jurídica de los perceptores en metálico, la doctrina se ha dividido en diversos enfoques. Por un lado, está la tendencia que considera que el

---

<sup>619</sup> Este precepto dispone que «[e]l hijo o descendiente mejorado podrá renunciar a la herencia y aceptar la mejora».

<sup>620</sup> Su texto indica que «[e]l heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla».

<sup>621</sup> MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, pág. 1193.

<sup>622</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 720, «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 225. Véase, además, TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, págs. 1662; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 268, opina que el adjudicatario puede ser instituido como heredero, legatario o, incluso, como prelegatario.

<sup>623</sup> Este precepto lee como sigue: «La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre».

conmutado solo es un legatario de un legado de dinero.<sup>624</sup> Bajo este criterio, según el art. 884 del CC, se entiende que este tipo de legatario tiene derecho a recibir el pago de intereses desde la muerte del testador, si este lo hubiera dispuesto expresamente. Igualmente, conforme al art. 886.2 del CC combinado con el art. 1056.2 del CC, se considera que este tipo de legado deberá ser pagado en efectivo aunque dicha especie no forme parte de la herencia. Además, debido a su condición de legatarios, estos no tendrían que responder solidariamente de las deudas del caudal relicto, según se establece en el art. 1084 del CC. Tampoco, estos asumirían los gastos de la entrega de su legado de cantidad porque el art. 886.3 del CC le impone esa responsabilidad a los herederos. Por otro lado, están aquellos autores que conceptúan la figura jurídica del conmutado como un simple acreedor de crédito.<sup>625</sup>

También hay algún autor<sup>626</sup> que defiende un enfoque intermedio en el que la determinación de la posición jurídica del conmutado dependerá de si el testador, al adjudicar la explotación económica o las acciones de la sociedad, procedió a liquidar la herencia o, al menos, a concretar las cantidades que deberán percibir los legitimarios no adjudicatarios o si, por el contrario, solo asignó el bien y ordenó que la legítima de los demás interesados se abonara en efectivo extrahereditario. En otras palabras, si el testador efectuó una verdadera partición testamentaria, el conmutado será considerado como el titular de un crédito, pero, más allá de tener una simple acción personal para cobrar su legítima, este podría tener la

---

<sup>624</sup> MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, págs. 1193 y 1194; Díez Soto, C. M., *op. cit.*, pág. 31. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1511, también considera que se trata de un legatario, pero no lo cualifica. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 55 y 56, al estudiar el supuesto anterior contenido en el art. 1056.2 del CC, también, consideraba que los perceptores del metálico eran legatarios. Esto, sin importar que el testador los hubiera instituido como herederos. Para este autor, estos eran legatarios de un legado de cantidad que se debe pagar en efectivo, cuya cuantía debe fijarse de acuerdo al valor que tuvieran los bienes al momento de la liquidación. Por su parte, FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 265, no está de acuerdo con la calificación de legatario de cantidad para el legitimario conmutado.

<sup>625</sup> TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, pág. 1671; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 721, «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 225 – 226; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, págs. 128 - 129. Sobre este asunto, Díez Soto, C. M., *op. cit.*, págs. 30 - 31, opina que el perceptor del metálico no se convertirá en un simple acreedor hasta que su legítima le sea totalmente satisfecha por el adjudicatario. Por lo que, su pago estará garantizado por la afección de todo el caudal hereditario. Esa afección, incluso, será oponible contra terceros adquirentes de bienes de la herencia, por virtud de la mención registral del art. 15 de la LH. De manera que, para este autor, si el adjudicatario no cumple con el pago de la legítima de los conmutados, entonces, estos podrán ejercitar las acciones derivadas de su condición de acreedores o solicitar que se revoque la partición anterior y se realice una nueva, en la que se deberá aplicar el art. 1062 del CC si existe el riesgo de que se deshaga el control societario o que la explotación desmerezca mucho por su división.

<sup>626</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, págs. 440 – 441.

protección de la garantía del art. 844.2 del CC, aplicada en términos analógicos, o la que le permite la carga o modo de pagar su legítima en efectivo que se le impone al adjudicatario, mediante el art. 1056.2 del CC. En cambio, si el testador solo estableció una norma particional, que es vinculante en la medida en que debe ser acatada cuando se vaya a realizar la partición y liquidación de la herencia, el conmutado tendrá la posición jurídica de «...cualquier legitimario antes de la partición y la adjudicación e inscripción de la explotación no podrá practicarse mientras no se lleve a cabo la partición».<sup>627</sup>

Una opinión diametralmente opuesta a las opiniones doctrinales previamente mencionadas es la de que los legitimarios no adjudicatarios son también herederos. Considera este otro autor que la obligación que el testador le impone al adjudicatario de los bienes de tener que pagar en efectivo la legítima del resto de sucesores, «...es una simple incidencia particional, que, por lo tanto, se refiere a sujetos que están instituidos herederos».<sup>628</sup> Bajo esta premisa, se concluye que al legitimario conmutado se le debe tomar en cuenta, desde el momento de la muerte del causante hasta aquel en el que se le pague su cuota, tanto para las operaciones de cálculo como para la adecuada administración del caudal relicto. También que este debe estar sujeto a las reglas de colación, siempre que el testador no lo haya excluido de su aplicación, lo que implica que percibirá de menos lo que gratuitamente recibió en vida del testador. Además de que, como cualquier otro heredero, el perceptor del metálico deberá asumir la responsabilidad de tener que pagar las deudas hereditarias.<sup>629</sup>

De todas estas perspectivas doctrinales, nos inclinamos por aquella que sostiene que tanto el adjudicatario como el no adjudicatario son herederos del caudal relicto del causante, aunque en el caso del no adjudicatario también consideramos que podría tratarse de un legatario de parte alícuota si tal institución se desprende de la interpretación de la voluntad del testador. Este dato es importante porque supondrá que sobre ambas partes recaerá la responsabilidad de responder por la deudas del causante, de manera ampliada o limitada, si la herencia se aceptó pura y simplemente o a beneficio de inventario, sin que tal realidad pueda

---

<sup>627</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 441.

<sup>628</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7660.

<sup>629</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7660. En alusión al anterior art. 1056.2 del CC, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 731, nota 22, sostenía que el hecho de que un testador decida que la legítima de algún legitimario se pague en efectivo, puede ser indicativo de que no lo quiere como heredero. Sin embargo, este también enfatizaba que no había incompatibilidad alguna entre pagarle la legítima en dinero no hereditario a un legitimario e instituirlo como heredero.

afectarse por el hecho de que algunos de los legitimarios reciban su legítima en metálico extrahereditario.<sup>630</sup> Claro está, siempre que, como hemos mencionado, el perceptor del metálico no haya sido instituido como legatario de parte alícuota. El conmutante y el conmutado conforman una comunidad hereditaria, ya que el supuesto especial de partición testamentaria del art. 1056.2 del CC, contrario a la regla general, de ordinario, no evita su surgimiento. En el caso del perceptor del metálico porque su derecho no fue individualizado por el testador, sino que es referido a una cuota o porción hereditaria. Lo que significa que la falta de pago permite que el conmutado pueda exigir que su legítima sea abonada en bienes de la herencia. Mientras, respecto al adjudicatario, a pesar de que consideramos que la partición testamentaria es eficaz, en la medida en que en principio lo hace adquirente de la explotación económica o de las acciones de la sociedad de capital, lo cierto es que la titularidad solo será plenamente efectiva cuando el conmutante cumpla con su obligación de pagar en metálico no hereditario la legítima de los conmutados. En otras palabras, la adjudicación, aunque eficaz desde el momento de la apertura de la sucesión, está sujeta a una condición resolutoria que para evitar que se active, el conmutante tendrá que pagar la legítima de los conmutados en dinero no hereditario. Entendemos que si bien al supuesto de partición del art. 1056.2 del CC le resultan aplicables los efectos del art. 1068 del CC, en cuanto a que el adjudicatario adquiere la propiedad del bien y la imposibilidad del juicio de testamentaria, contrario a la partición general del testador del art. 1056.1 del CC, esta es una especial que por permitir que la legítima de los demás interesados pueda pagarse en efectivo no hereditario establece una condición resolutoria sobre la titularidad efectiva de la adjudicación. Tal realidad, nos parece, es lo que hace que la comunidad hereditaria entre el adjudicatario y el conmutado se mantenga hasta el momento en que efectivamente el adjudicatario cumpla con su deber de abonar la legítima de este.<sup>631</sup>

---

<sup>630</sup> FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, op. cit., pág. 275.

<sup>631</sup> Sobre este tema, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», op. cit., págs. 7656 y 7662, opina que la comunidad hereditaria persiste porque la atribución que, conforme el art. 1056.2 del CC, realiza el testador no constituye un verdadero acto dispositivo. Igualmente, este autor señala que la adjudicación del bien está sometida a una condición. Por su parte, TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», op. cit., pág. 1670, comenta que el aplazamiento del pago provoca que la plena efectividad de la adjudicación no se alcance hasta que el adjudicatario pague en metálico no hereditario la legítima de los legitimarios no adjudicatarios. Esta apreciación la mantiene a pesar de que considera que el perceptor del metálico es un simple acreedor de crédito. Respecto a este asunto, y en relación con el anterior art. 1056.2 del CC, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», op. cit., pág. 877 y, también, las págs. 881-882, añade que «[l]a eficacia propia de toda partición testamentaria, en virtud de la cual el adjudicatario de los bienes herenciales [sic] resulta “prima facie” adquirente de los mismos (cfr. art. 1.068 del Código civil) no se opone a que su titularidad quede, hasta que el pago se realice, pendiente de resolución, parcialmente al menos. Como tampoco la adquisición de la propiedad de bienes específicos legados impide que por obra de la acción de reducción, el legatario pierda en todo o en parte la

#### § 4

### DIVERSAS FORMAS DE PAGO DE LA LEGÍTIMA DE LOS DEMÁS LEGITIMARIOS Y SUS CARACTERÍSTICAS

Es importante destacar que para que tenga efecto alguna de las modalidades de pago de la legítima de los conmutados, será necesario que el testador la disponga expresamente en su testamento o faculte al contador partidor testamentario o al cónyuge fiduciario del art. 831 del CC para que lo haga. Así, claramente, se dispone en el texto del art. 1056.2 del CC cuando se indica que el testador «...podrá usar la facultad concedida en este artículo, **disponiendo que se pague en metálico** su legítima a los demás interesados».<sup>632</sup> A lo que se añade que «[s]i no se hubiera establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia».<sup>633</sup> Al analizar esta última porción del texto del art. 1056.2 del CC, algún autor ha comentado que «[s]e trata de una norma supletoria para el caso de que el testador no haya autorizado el pago en metálico...».<sup>634</sup> Tanto la redacción de esta parte del art. 1056.2 del CC como esta interpretación han sido criticadas porque se entiende que «[l]a posibilidad de que cualquier legitimario solicite la realización de una partición normal en la que se adjudiquen a cada legitimario bienes concretos de la herencia, debería depender solamente del impago de la legítima en metálico, y no – como equivocadamente dice la norma – de la falta de previsión sobre el modo de hacer el pago».<sup>635</sup>

Entendemos que en la disposición testamentaria, relacionada con el supuesto de partición especial que contempla el art. 1056.2 del CC, se debe haber previsto, expresamente, la forma en que el adjudicatario deberá pagar la legítima de los demás sucesores, que como

---

propiedad adquirida». A esta conclusión llega este autor, a pesar de que en otra parte del mismo estudio deja claro su parecer de que los efectos del art. 1068 del CC le son aplicables a cualquiera de los supuestos de partición del art. 1056 del CC. Por lo que es su parecer que como la partición ya está hecha por el testador, la misma «...surte sus efectos desde el momento de la apertura de la sucesión y elimina, al menos respecto de los bienes que fueron objeto de aquélla, la comunidad hereditaria». DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 861 - 862.

<sup>632</sup> Énfasis suplido.

<sup>633</sup> Énfasis suplido.

<sup>634</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 736 - 737, «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 237. Véase, además, HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, págs. 129 y 130. Coinciden con este enfoque, aunque con una perspectiva más inclusiva respecto a cualquiera de las formas de pago a las que alude el art. 1056.2 del CC: MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Tema V: Partición y Colación», *op. cit.*, pág. 209; ABELLA RUBIO, J. M<sup>a</sup>, «Capítulo III: Partición Extrajudicial - Partición Hecha por el Testador», *op. cit.*, pág. 164.

<sup>635</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7656.

destaca la propia normativa puede ser mediante el abono de efectivo no hereditario o a través de «...cualquier otro medio de extinción de las obligaciones». Por lo cual, para que resulte aplicable el art. 1056.2 del CC no bastará que el testador haya atribuido la explotación económica o las acciones de una o varias sociedades a algún sucesor y que no existan bienes suficientes en el caudal relicto para pagar la legítima de los restantes.<sup>636</sup> En ese sentido, tanto si el adjudicatario no cumple con el pago de la legítima como si no se estableció la manera en que se iba a satisfacer la misma, ya fuera en efectivo no hereditario o en algunas de las formas de extinción de las obligaciones, el conmutado podrá exigir que su parte le sea abonada en bienes hereditarios. Esto porque al facilitar el art. 1056 del CC un supuesto concreto de excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, su aplicación, aunque en origen es producto de la voluntad del testador, debe ceñirse a los requisitos legales impuestos al mismo.

Por otra parte, es significativo señalar que el adjudicatario no podrá oponerse a la forma de pago que disponga el testador, el contador partidor testamentario, facultado por este para ello, o el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC, porque la misma es de carácter imperativo, al contrario de lo que ocurre con el adjudicatario del supuesto general de los arts. 841 y ss. del CC.<sup>637</sup> En otras palabras, el beneficiado con el bien no podrá renunciar a la modalidad de pago seleccionada y, a la vez, conservar la atribución que el testador dispuso a su favor.<sup>638</sup>

#### **A. Abono de efectivo no hereditario**

En el reformado art. 1056.2 del CC, el legislador no dejó lugar a dudas de que el pago de la legítima de los conmutados puede pagarse en metálico extrahereditario. Dicha salvedad no era necesaria e incluso resulta superflua porque, precisamente, lo que fundamenta a los preceptos que hacen posible el pago de la legítima en efectivo no hereditario es el hecho de

---

<sup>636</sup> DÍEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, pág. 30.

<sup>637</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 1427. Véase, además, FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 283; SAP de Asturias, núm. 109, de 11 de abril de 2016, Sección 1ª, (AC 2016/875), donde se determinó que mientras para el conmutante del supuesto contenido en los arts. 841 y ss. del CC el abono de la porción legal de los conmutados es un ejercicio opcional, para el adjudicatario del art. 1056.2 tal acto es una obligación ineludible si desea mantener la explotación económica concedida por el causante.

<sup>638</sup> FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, págs. 273 y 275, donde se comenta que la única forma que tiene el adjudicatario para librarse de esta obligación es renunciando a la herencia, a menos que el testador viabilice otra opción.

que no hay suficientes bienes en la herencia, incluyendo dinero, para pagar la porción hereditaria de algunos legitimarios.<sup>639</sup> Si hubiera metálico en la herencia se aplicaría el supuesto de partición del apartado primero del art. 1056 del CC y no el de su párrafo segundo, con sus requisitos de aplicación particulares, por lo que sería, igualmente, aplicable la regla general de que la legítima debe pagarse en bienes hereditarios, según se dispone en el art. 806 del CC.<sup>640</sup> De igual manera, entendemos que si hay bienes hereditarios adicionales a la explotación económica, aunque no sean suficientes, estos se deberán utilizar para pagar parte de la legítima de los no adjudicatarios y el resto de lo debido tendrá que ser abonado en efectivo extrahereditario por el conmutante.<sup>641</sup> Evidentemente, respecto al pago de la porción que se abone en bienes hereditarios no será aplicable aplazamiento alguno, mientras la compensación en dinero no hereditario, como se comentará más adelante, podrá aplazarse si fue establecido así por el testador, el contador-partidor testamentario e incluso por el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC.<sup>642</sup>

---

<sup>639</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7655; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 128. Esto unido al hecho de que ya la doctrina mayoritaria, respecto al anterior art. 1056.2 del CC, había interpretado que para hacer viable y efectivo el supuesto de partición especial era preciso entender que la compensación de los no adjudicatarios tenía que ser en efectivo no hereditario. Véase: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 49; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 160, citando a GONZÁLEZ PALOMINO, J., «Estudios de Arte Menor sobre Derecho Sucesorio», en *A.A.M.N.*, II, pág. 547, nota 1; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, págs. 176 – 177.

<sup>640</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 731, «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 233. Véase, además, TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, pág. 1662; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, págs. 128 - 129. Igual análisis, en relación con el anterior art. 1056.2, asumió MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, págs. 160 y 176; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1951.

<sup>641</sup> Este análisis es coherente con parte del texto del art. 1056.2 del CC que menciona lo siguiente: «...A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario...». MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, págs. 160, 175, 176 – 177, asumió el mismo criterio respecto al anterior art. 1056.2 del CC. En concreto, era su opinión que dicho precepto se fundamentaba en dos supuestos de hecho. Por un lado, que en el patrimonio hereditario solo exista la explotación y no hubiera efectivo u otros bienes para satisfacer el pago de la legítima del no adjudicatario. Y, por otro lado, que entre los bienes hereditarios, además de la explotación, hubiera bienes insuficientes para pagar la legítima de los no adjudicatarios, por lo que la diferencia debía ser provista con metálico extrahereditario.

<sup>642</sup> En el caso de la partición general realizada por el testador, conforme el art. 1056.1 del CC, RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 734, sugiere que un año debería ser el plazo aplicable para pagar la legítima con bienes de la herencia. Esto según lo dispuesto en el precepto 844.1 del CC. Este fundamenta su conclusión en que la exclusión que en el art. 1056.2 del CC se hace de la normativa contenida en el 844.1 solo se efectúa en relación al supuesto de partición especial realizada por el testador. Reiteramos que no estamos de acuerdo con esta apreciación porque consideramos que en el caso de la partición del art. 1056.1 del CC no hay aplazamiento para abonar la parte de la herencia correspondiente a cada uno de los participantes en la sucesión del causante.



Otro factor innovador del nuevo art. 1056.2 del CC es que autoriza que se vulnere el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, en su vertiente de no sujetarla a gravamen, según regulado en el art. 813.2 del CC. Ya que permite que el testador, el contador-partidor testamentario autorizado por este o, incluso, el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC<sup>643</sup> establezca un plazo, que no puede exceder de 5 años desde la muerte del causante, para que el adjudicatario cumpla con su obligación de pagar la legítima de los conmutados en efectivo no hereditario.<sup>644</sup> Dicho plazo es de caducidad porque manifiesta la misma naturaleza del art. 844.2 del CC.<sup>645</sup> De no establecerse plazo alguno para que el adjudicatario efectúe el pago en metálico de los demás legitimarios, entonces, la compensación deberá efectuarse inmediatamente, justo en el instante en que se determine su importe, considerando que el propio texto del art. 1056.2 del CC excluye la aplicación del art. 844.1 del CC, el cual permite que el pago pueda abonarse en el plazo de dos años.<sup>646</sup>

---

<sup>643</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, op. cit., págs. 738 – 739, 745, aunque acepta que no es una cuestión pacífica en la doctrina, opina que en el caso de la fiducia sucesoria del art. 831 del CC el plazo que se señala es aplicable tanto para el ejercicio de la delegación como para el pago de las legítimas de los hijos comunes. En concreto, el texto de la normativa establece que el plazo podrá ser tan extenso como el de la duración de la vida del fiduciario, si es que el causante dispuso que la facultad delegada podía efectuarla en su testamento, el que defina el causante y, ante la ausencia de cualquiera de estos, el de dos años a partir de la muerte del causante o desde que el último hijo en común se emancipe. No obstante, en el caso de los hijos que no sean comunes el cónyuge o pareja de hecho fiduciaria deberá entregarles su legítima inmediatamente se suscite la apertura de la sucesión.

<sup>644</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, op. cit., págs. 738, 745; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», op. cit., pág. 134, «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», op. cit., pág. 468; GARCÍA HERRERA, V., op. cit., pág. 1954. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», op. cit., págs. 7655 – 7656, critica vehementemente el término de aplazamiento tan extenso que se concede al adjudicatario para el pago de la legítima de los legitimarios conmutados, aunque con especial intención cuando el objeto de la asignación son las acciones o participaciones de una sociedad o conjunto de estas. En específico, los señalamientos de este autor son: «No entendemos el porqué de someter el pago a los demás legitimarios a un plazo tan amplio, sin que se exija simultáneamente una justificación objetiva de su necesidad. Valga, no obstante el sistema, si con ello se consigue la conservación de la empresa; en cambio, si el aplazamiento se pudiera usar en los casos en que se transmitiera mediante esta norma una sociedad de capital (lo que, no obstante, pensamos que debe excluirse), el efecto de la reforma sobre el sistema de legítimas sería injustificado, por tratarse de un régimen incoherente con el sistema general y sin ninguna justificación objetiva. Este sería un nuevo argumento en favor de una interpretación del precepto en conexión con el sistema, lo que exige considerar que la finalidad del mismo es defender las explotaciones de una indeseable división, sin que se pueda generalizar al pago de la legítima en cualquier caso».

<sup>645</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», op. cit., pág. 235, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, op. cit., pág. 733. TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», op. cit., pág. 1670, añade que, incluso, se puede acordar plazos de aplazamiento distintos para cada perceptor del metálico, de manera que no todos van a cobrar su legítima a la misma vez. Por su parte, ante la posibilidad de que el pago de la legítima pueda ser aplazado, hay autores que comentan que este puede, igualmente, ser abonado de manera fraccionada. MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», op. cit., pág. 1190; GARCÍA HERRERA, V., op. cit., pág. 1954.

<sup>646</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», op. cit., pág. 7656; ABELLA RUBIO, J. M<sup>a</sup>, «Capítulo III: Partición Extrajudicial - Partición Hecha por el Testador», op. cit., pág. 164; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», op. cit., pág. 131. DÍEZ SOTO, C. M., op.

No cabe duda que esta posibilidad de que el pago de la legítima de los conmutados pueda abonarse en dinero extrahereditario junto a la característica de que este pueda ser aplazado es representativa de dos circunstancias particulares. Primero, que el legislador, luego de sopesar el interés de la empresa y el de los legitimarios, respecto a su derecho a recibir su legítima en bienes de la herencia, se ha inclinado, contundentemente, a favorecer el primero. En otras palabras, el legislador le ha conferido primacía al bienestar social, al partir de la premisa de que hoy día son las pequeñas y medianas empresas las que, en mayor grado, sostienen la estabilidad económica de este país y de la UE. Segundo, se ha pretendido facilitar la sucesión de la empresa, puesto que tanto la forma de pago como su posible aplazamiento contribuyen a que el adjudicatario de la empresa o sociedad pueda financiar el pago de las legítimas de los no adjudicatarios con el rendimiento de la explotación económica y no con su propio peculio o con financiación externa.<sup>647</sup> Circunstancia que resulta positiva tanto para el fin de la norma como para que se cumpla la voluntad del testador, porque de lo contrario, en la mayor parte de los casos, el adjudicatario carecería de posibilidades económicas para pagar las legítimas de los demás sucesores con su propio patrimonio o a través de préstamos financieros.

Ahora, es preciso preguntarse: ¿cuál es la cantidad que el adjudicatario está obligado a pagar a los demás interesados para recibir la explotación económica o el paquete de acciones o participaciones de una sociedad de capital? El texto del art. 1056.2 del CC solo alude a que se tiene que pagar en metálico su legítima, pero no aclara si se trata de la estricta o de la larga. Tampoco se establece quiénes deberán definir el valor de la legítima correspondiente a los legitimarios conmutados. Ni, mucho menos, el momento en qué se deberá calcular tal valor y si al mismo se le pueden asignar intereses debido a la tardanza en el pago.

Para determinar si la legítima que se debe pagar a los no adjudicatarios es la corta o la larga, es esencial el testamento. Si de él se sigue que el testador le asignó, expresa o tácitamente, al descendiente adjudicatario de la explotación económica, además de su parte correspondiente dentro de la porción de legítima estricta, el tercio de mejora, entonces, es obvio que este solo tendrá la responsabilidad de satisfacer la parte de la legítima estricta que

---

*cit.*, pág. 31, coincide con esta apreciación, aunque entiende que podría ser conveniente que, según el contenido del art. 1128.1 del CC, el tribunal le fijara al adjudicatario un término para cumplir con el abono de la legítima de los conmutados. De incumplirse con el mismo, entonces, los perceptores del metálico podrían exigir que su legítima se pagara en bienes de la herencia. Esto, de acuerdo a este autor, sin perjuicio de que los conmutados puedan exigirle al adjudicatario que su parte le sea pagada en efectivo no hereditario.

<sup>647</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 234, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 732; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1954.

les corresponda a cada uno de los conmutados. Igualmente, se ha interpretado que al descendiente adjudicatario de la explotación económica, también, se le puede asignar el tercio de libre disposición, razonamiento que valida aún más el criterio que de ordinario la legítima que este deberá pagar a los conmutados será la parte que les pertenezca de la corta. Si el testador adjudica el negocio o la empresa a un nieto, en concepto de mejora, este deberá abonar la totalidad de la legítima estricta porque al no ser legitimario no tendría ningún derecho sobre dicho tercio.<sup>648</sup> Aunque, aun bajo este supuesto, si bien es cierto que el contenido mínimo de la participación de los legitimarios no adjudicatarios será el tercio de legítima estricta, se ha entendido que esta puede ser mayor, al comprender la mejora o parte de esta, o, incluso, igual a la del adjudicatario del bien. Ya que se considera que el hecho de que al conmutado no le toque la explotación económica no implica que este sea un sucesor desfavorecido o de menor importancia. Todo estará sujeto a la voluntad del causante manifestada en su disposición testamentaria. Incluso, podría darse el caso de que el testador instituya herederos, en partes iguales, a todos sus hijos o descendientes y que luego le atribuya la empresa o las acciones de la sociedad a uno solo de estos. Ante tal circunstancia, aunque existirá diferencia cualitativa entre los hermanos, puesto que uno recibirá su porción hereditaria *in natura* y otros en efectivo extrahereditario, en términos cuantitativo todos recibirán lo mismo.<sup>649</sup>

De igual forma, por ejemplo, en el caso de que el adjudicatario de los bienes sea un extraño, como solo se le puede asignar el tercio de libre disposición, este deberá abonarle, en metálico extrahereditario, dos terceras partes del caudal relicto a los no adjudicatarios. También, si el adjudicatario fuera el cónyuge y concurriera a la herencia con hijos o descendientes legitimarios, este tendría la obligación de pagar no solo la legítima estricta de

---

<sup>648</sup> TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, pág. 1668; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 133, «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 467; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1934; CARBALLO FIDALGO, M., «Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 1664. Al analizar el enmendado art. 1056.2, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 53, comenta: «Por lo que se refiere al tercio libre, mientras el testador no haya hecho uso de él, parece que debe entenderse atribuido también a favor del adjudicatario, salvo que otra cosa se desprenda del tenor del testamento. La solución debe ser la misma que la establecida para el tercio de mejora. Incluso aunque el testador haya realizado una mejora expresa, sin hablar para nada del tercio libre, parece que debe entenderse así. En favor, de esta interpretación estaría el sentido amplio con que es entendido a veces el concepto de “mejora”, abarcando también la parte de libre disposición». Véase, también, STS núm. 297 de 18 de junio de 1982, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 1982/51), donde el máximo tribunal no solo validó la posibilidad de la mejora tácita sino que esta, incluso, podía materializarse respecto al tercio de mejora y al de libre disposición, en conjunto. Por otra parte, en términos comparativos, en el art. 831 del CC sí se establece expresamente que el fiduciario puede realizar mejoras a favor de los hijos comunes «...incluso con cargo al tercio de libre disposición».

<sup>649</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1513; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 129.

estos sino también la nuda propiedad de la mejora, considerando que la asignación al cónyuge superviviente incluyera el usufructo del tercio de mejora y el tercio de libre disposición en propiedad. En cambio, si el cónyuge superviviente concurre con ascendientes tendrá que abonar solo un tercio de la herencia, ya que a este, por virtud del análisis combinado de los arts. 809 y 837 del CC, el testador le podría asignar la propiedad de dos terceras partes del caudal. En definitiva, la cuantía en concepto de legítima que se deberá pagar será más o menos, dependiendo de quien sea el adjudicatario de los bienes y con qué legitimarios concurre. A este parámetro, se añade la consideración de si los destinatarios del metálico recibieron alguna donación o legado por parte del testador. De ser así, cada uno recibirá una cuantía diferente porque luego de calcularse la legítima, conforme al art. 818 del CC, se procederá a imputar el valor de los bienes que, respectivamente, hayan percibido a través de donaciones colacionables o legado. En otras palabras, lo que define si se paga la legítima larga o corta a los descendientes conmutados, además de la voluntad del testador, es el tipo de adjudicatario beneficiado con los bienes. Aunque, evidentemente, dicha cantidad final estará matizada por las donaciones o legados recibidos por los legitimarios conmutados.

En cuanto a la valoración de la explotación económica o el paquete de acciones como bienes indivisibles para el efecto de definir la cuantía de los conmutados, es el parecer de algunos autores que esta responsabilidad no debería recaer en el testador porque de ordinario no hay coincidencia entre el instante en que se realiza el testamento y el momento en que se liquida la legítima. Esta situación podría provocar una disparidad sustancial entre el valor atribuido a la empresa por el testador y el que efectivamente esta tenga cuando se vaya a pagar la legítima de los demás interesados. Ya que la explotación económica de un bien productivo puede verse afectado por las fluctuaciones en el mercado.<sup>650</sup>

---

<sup>650</sup> Sobre este aspecto, algún autor ha señalado: «¿Puede el testador determinar la cuantía de la legítima en la misma partición? No existe prohibición legal al respecto. Lo que puede pasar es que como el testador está sujeto a las normas de los arts. 818 y ss. del CC, si se realiza una asignación de dinero inferior a la legítima, computada con arreglo a dichas normas, aquélla es impugnabile y la partición rescindible por lesión en la legítima (arts. 1056.1 y 1075 del CC). Si entre la partición testamentaria y la liquidación de la legítima ha transcurrido largo tiempo, la asignación concreta de la legítima puede quebrarse por aumentar o disminuir el patrimonio del testador, o por revaloración o desvaloración monetaria». MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, pág. 1188. Véase, también, a TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, págs. 1668 - 1669. Aunque, TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 134, «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 468, aclara que el testador no está impedido de establecer unos parámetros o criterios respecto a la forma en que se debe valorar la explotación económica o el paquete de acciones para efecto de definir la cuantía de los conmutados. Fundamenta su opinión en el art. 786.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre la práctica de las operaciones divisorias, que, en lo pertinente, dispone: «El contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; **pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos...**». Énfasis suplido.

Parece ser más acertado que sea el adjudicatario y los no adjudicatarios quienes conjuntamente se encarguen de determinar el valor de la explotación económica y, por ende, el correspondiente a la legítima de los conmutados. También, podría darse el caso de que ambas partes se pusieran de acuerdo en nombrar un perito que fijara dicho valor. De no ponerse de acuerdo los sucesores sobre la valoración de la empresa o del grupo de acciones, para efectos de establecer las cantidades a pagar, ambas partes podrían recurrir al proceso declarativo correspondiente, ya que no pueden acudir al procedimiento de división de la herencia, dispuesto en los arts. 782 al 805 de la LEC, al menos mientras persista el periodo de aplazamiento para efectuar el pago, porque el testador ya efectuó una partición que, aunque especial, es eficaz.

Otra opción viable sería que la responsabilidad de fijar la cuantía de las legítimas de los perceptores del metálico recayera en el contador-partidor testamentario e incluso en la figura del cónyuge fiduciario del art. 831 del CC.<sup>651</sup> Precisamente, esta es una de las razones por las que se entiende que en un supuesto de partición realizada por el testador el legislador haya aludido a la figura del contador-partidor testamentario. Como existe diferencia entre el valor de una empresa en marcha, que incluye su valoración patrimonial y el de sus utilidades futuras, y el de un pago monetario, en este caso el de la legítima de los conmutados, es conveniente que sea el contador-partidor testamentario el encargado de determinar el valor de la empresa en funcionamiento, que no es el valor contable sino el real. En concreto, este deberá valorar las ganancias y pérdidas futuras que presumiblemente generará la empresa y el valor patrimonial de esta, que no es el contable sino el real.<sup>652</sup>

---

<sup>651</sup> TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, págs. 1669 – 1670; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 134, «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 468; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, págs. 1951 – 1952. Nunca la cuantía de la legítima de los conmutados podrá ser establecida, unilateralmente, por el adjudicatario.

<sup>652</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, págs. 234 - 235, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 732 - 733, citando a RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2ª edición, Madrid, 2003, págs. 40, 132 y 133; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, págs. 108, 133 – 134, añade que aunque el testador haya realizado la partición, de acuerdo al art. 1056.2 del CC, es conveniente el nombramiento del contador partidor testamentario para realizar el inventario de los bienes, máxime cuando su composición pudo haber variado desde el momento en que realizó la partición y la apertura de la sucesión, valorarlos, calcular la legítima, decidir el periodo de aplazamiento para que el adjudicatario abone en efectivo no hereditario la porción legal de los conmutados y, en definitiva, aplicar y ejecutar las disposiciones del fallecido. Concretamente, una razón que pudo motivar la mención del contador-partidor testamentario en el supuesto del art. 1056 del CC es que el testador haya realizado una partición parcial de la explotación económica o las acciones de la(s) sociedad(es) de capital. TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 132, «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 466, destacan que la alusión a la figura del contador partidor testamentario, también, puede ser para que se encargue de liquidar y dividir, junto al cónyuge supérstite, la sociedad de gananciales. Esto debido a que al

Respecto al momento en que debe valorarse la explotación económica o las participaciones de la sociedad de capital a efectos de fijar la legítima de los conmutados, existe discrepancia en la doctrina. De una parte, se encuentran los autores que opinan que la empresa debe valorarse en el momento de la apertura de la sucesión, es decir, a la fecha de la muerte del causante.<sup>653</sup> Otro grupo de autores apoyan el criterio de que el momento de valoración debe ser aquel en el que se vaya a liquidar la legítima de los no adjudicatarios. Su parecer lo fundamentan en que el propio art. 1056.2 del CC al exceptuar, únicamente, la aplicación de los arts. 843 y 844.1 del CC, hizo extensivo al supuesto de partición especial realizada por el testador, siempre que sea posible, aquellos otros artículos que son también requisitos del supuesto general de pago en metálico de la porción hereditaria. Esto incluye la regla del art. 847 del CC que dispone que el momento para valorar la legítima de los conmutados debe ser el de su liquidación.<sup>654</sup>

Otro sector doctrinal opina que una solución más equilibrada para todos los sucesores, conmutantes y conmutados, sería que en su testamento el testador disponga «...los tiempos de valoración del establecimiento, previendo la liquidación ... [e introduciendo] “cláusulas

---

adjudicar bienes gananciales, el testador propició una partición parcial que no evita que surja la comunidad hereditaria respecto a la parte de los gananciales que le correspondería.

<sup>653</sup> TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, pág. 1669; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, págs. 264 – 265; PALAZÓN GARRIDO, M. L., *op. cit.*, pág. 293, aunque no defiende «a ultranza» este criterio.

<sup>654</sup> MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, págs. 1189 - 1190. Véase, también, a MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 1428; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1514; CARBALLO FIDALGO, M., «Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 1664. TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 133, «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 468, apoyan este enfoque porque consideran que hasta que se establezca la cuantía de la legítima de los conmutados, es decir, hasta la liquidación, esta debe estar sujeta a las variaciones suscitadas en el valor de la explotación económica. Por otro lado, al interpretar el anterior art. 1056.2 del CC, la doctrina mayoritaria se inclinó por la perspectiva de que la explotación económica debía valorarse en el momento en que se fuera a liquidar la legítima de los conmutados. Esta visión, incluso, se incorporó en el art. 847 del CC, como uno de los requisitos del supuesto general de pago de la porción hereditaria en metálico extrahereditario. Uno de los partidarios de esta visión fue VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 168 – 169, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer*, Tomo I, Vol. I, *op. cit.*, págs. 242 – 244 y otro, aunque con ciertas matizaciones, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 897 - 901. Por su parte, por varias razones, RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 729 – 730, «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 232, no es partidario de que los objetos del art. 1056.2 del CC sean valorados según el criterio del art. 847 del CC. Primero, por «...la complicada aplicación supletoria de la normativa de los artículos 841 CC y siguientes al 1056,2 CC». Segundo, porque es su parecer que el art. 847 del CC «...puede valer para los casos de patrimonio con cierta estabilidad de valor, pero en el caso de la empresa o establecimientos mercantiles, con valor volátil del bien, influencia de la coyuntura económica y capacidad de la gestión del empresario, se puede producir una fluctuación del valor que perjudique a los legitimarios o al adjudicatario».

de estabilización” para asegurar la justicia de la partición». <sup>655</sup> A esta conclusión se llega luego de ponderar los pros y los contras de que la valoración de la empresa o de las acciones se realice al momento de la apertura de la sucesión o al tiempo en que se efectúe la liquidación de la legítima de los no adjudicatarios. Por un lado, se considera que sería injusto para los conmutados que su legítima les sea valorada al momento de la muerte del causante y que el efectivo pueda verse depreciado cuando el adjudicatario vaya a efectuar el pago de la misma. En cambio, si el valor del dinero aumenta, tal situación sería beneficiosa para el no adjudicatario. Esta realidad puede verse, también, afectada por circunstancias objetivas y subjetivas de la depreciación, tales como la pésima administración del negocio por el conmutante, el menoscabo de la economía o la inestabilidad del sector al que se dedica la empresa. Por otro lado, si la valoración de la legítima de los perceptores del metálico se realiza al momento de liquidarles su parte, estos podrían beneficiarse del excelente trabajo de administración de la empresa realizado por el adjudicatario y que ha redundado en un incremento en el valor de esta. Tal posibilidad sería injusta para el adjudicatario porque tendría que pagar una cantidad mayor de legítima para los no adjudicatarios, como resultado del aumento en la valoración del negocio debido a su esfuerzo y dedicación al mismo. Distintamente, la mala administración del adjudicatario provocaría una disminución en el valor de la explotación económica lo que resultaría en un perjuicio injustificado en la valoración de la legítima del conmutado. <sup>656</sup>

De todas estas apreciaciones, coincidimos en que lo ideal sería que el testador definiera el momento de valoración de la legítima de los conmutados, tomando en consideración el tiempo concedido al adjudicatario para satisfacer la misma, e incorporara unas «cláusulas de estabilización», a ser aplicables si el abono de estas no se provee en el período señalado. Sin embargo, hay que reconocer que como esta alternativa no es impuesta como un requisito indispensable para la aplicación del art. 1056.2 del CC, será necesario partir del supuesto fáctico general de que, a menos que el notario recomiende la inclusión de dicha aclaración, tal consideración no va a formar parte del testamento. Por lo cual, entendemos que la valoración de la legítima de los conmutados, al no haber sido individualizada, debe pasar por

---

<sup>655</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 233, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 730; PALAZÓN GARRIDO, M. L., *op. cit.*, págs. 292 y 293; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1953. Un criterio parecido mantiene MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 1428, al comentar que el testador «...en su testamento puede incluir concretos criterios de valoración o reglas específicas aplicables al caso o, incluso, designar la concreta empresa de tasación que deberá hacer la valoración de la sociedad».

<sup>656</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 730, «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, págs. 232 - 233.

dos etapas. En la primera, se debe calcular la legítima, conforme se dispone en los arts. 818 y 819 del CC. De existir mucha diferencia entre el momento en que se fije la cuantía de la legítima y el de su satisfacción, lo que será la norma debido a la finalidad del art. 1056.2 del CC, se deberá pasar a la segunda fase que implica que esta sea nuevamente valorada en el momento de su liquidación, según se establece en el art. 847 del CC. Esto significa que la valoración de la legítima de los conmutados se verá afectada por los aumentos y disminuciones en el valor de los bienes hereditarios. El hecho de que su legítima vaya a ser abonada en dinero extrahereditario no afecta a que estos, al no haber sido individualizado su derecho, forman parte de la comunidad hereditaria conjuntamente con el adjudicatario. No obstante, opinamos que deben excluirse de la valoración de la parte de los no adjudicatarios aquellos incrementos o descensos en el valor de la empresa o las acciones de la sociedad ocasionados por la gestión del adjudicatario. En ese sentido, solo deben tomarse en cuenta aquellas fluctuaciones en el valor de los bienes de la herencia que sean producto de circunstancias externas o naturales.<sup>657</sup>

Por último, señalar que en el apartado segundo del art. 1056 del CC, a pesar de concederse la posibilidad de aplazamiento para el pago de la legítima de los conmutados, no se contempla ni elimina la posibilidad de que el testador, el contador partidor testamentario o el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC imponga intereses por el retraso que se produzca en el pago. Esto es indicativo de que si no se establecen no podrán ser exigidos, a menos que el adjudicatario y el no adjudicatario lo acuerden. Aunque, hay autores<sup>658</sup>, con los cuales coincidimos, que consideran que sería favorable aplicar lo dispuesto en el art. 847 del CC, en cuanto a que «...[d]esde la liquidación, el crédito metálico devengará interés legal». Esto, a pesar de que siempre ha existido una tendencia doctrinal que ha considerado que los requisitos del supuesto general de pago en metálico de la legítima no pueden aplicarse

---

<sup>657</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, págs. 7660 – 7663, también ha apoyado este enfoque.

<sup>658</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 235, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 733; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 468, «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 133 - 134; DÍEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, pág. 30; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1954. En contra, HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 131. Para este autor, sería viable que el testador o el contador partidor impusieran el abono de intereses durante el periodo de aplazamiento para el pago de la legítima de los no adjudicatarios. Sin embargo, entiende que si ninguno de ellos lo estableció, entonces, no podrá devengar intereses la cantidad adeudada en concepto de legítima. No puede aplicarse el art. 847 del CC, por varias razones. Por un lado, tal circunstancia no se previó en el texto del art. 1056.2 del CC. Tampoco, dicho precepto remitió al art. 847 del CC para atender la mencionada situación. Por otro lado, distinto al supuesto general de pago de legítima en metálico extrahereditario, contenido en los arts. 841 al 847 del CC, para utilizar el supuesto del art. 1056.2 del CC, el testador debe estar movido por su deseo de conservar la empresa o el interés de su familia. Ambos justificantes, considera, validan el que se establezca un régimen más favorable en beneficio del adjudicatario.



supletoriamente a la partición especial del art. 1056.2 del CC, por ser distinguibles las finalidades de cada una de estas normas.<sup>659</sup> En fin, nos parece evidente que el adjudicatario le debe esos intereses moratorios a los no adjudicatarios, porque de otro modo a estos se les afectaría también su legítima de forma cuantitativa, es decir, se les estaría vulnerando, además, la vertiente cuantitativa del principio de intangibilidad, en cuanto recibirían una cantidad con un valor económico menor del que les correspondería legalmente por su cuota. Lo que ciertamente no es el propósito que se promueve a través del art. 1056.2 del CC, ni, presumiblemente, el interés del testador. A esto se suma que esta perspectiva animará al beneficiado a pagar la legítima en el plazo que establece la norma o incluso, si puede, a abonarla antes de que el mismo finalice.

## **B. Otras modalidades de pago**

Otra innovación del legislador del 2003 fue permitir que la legítima de los perceptores del metálico pudiera ser satisfecha mediante opciones adicionales al pago en efectivo. Concretamente, se estableció que para cumplir con este deber legal se podía aplicar «...cualquier otro medio de extinción de las obligaciones». Al respecto, el art. 1156 del CC detalla las seis formas posibles de extinguir una obligación. Estas son: (1) el pago o cumplimiento, que fuera discutido previamente en el apartado primero de esta parte<sup>660</sup>; (2) la

---

<sup>659</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1516 – 1517; FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, págs. 277 – 280. Originalmente, RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 230, compartía este criterio al entender que los arts. 841 y ss. del CC y el art. 1056.2 del CC perseguían finalidades diferentes. De una parte, la primera impacta a los bienes hereditarios en general, por lo que establece mayores controles para proteger los derechos de los legitimarios. Mientras, la segunda al estar orientada a la empresa familiar busca que el adjudicatario pueda acceder más fácilmente a la misma, a la vez que se preserva la unidad de la familia. Sin embargo, posteriormente, RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 727, cambio de perspectiva. Ahora, es su parecer que ambas normas pueden conciliarse, basado en el hecho de que el texto del art. 1056.2 del CC solo excluye expresamente la aplicación de los arts. 843 del CC, relacionado con la necesidad de la aprobación del Secretario judicial o el Notario si no hay acuerdo entre los conmutantes y los conmutados en la valoración de la porción hereditaria de estos últimos, y el 844.1 del CC, sobre el término de un año, desde la apertura de la sucesión, para comunicar la decisión de conmutar y el plazo de otro más para que el adjudicatario emita el pago a los conmutados. Además de que este autor considera que asumir esta postura es «...la única forma de que acceda al Registro de la Propiedad la anotación del derecho de los legitimarios expectantes a la concreción de su derecho en virtud del artículo 831 CC». Ver, además, a DÍEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, pág. 29. Respecto al pasado art. 1056.2 del CC, véase a: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma de 13 de mayo de 1981», en *R.A.J.L.*, Anales, núm. 11, 1983, págs. 117 y 124; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, págs. 140, 149, 151 – 152, 162 y 167 – 168.

<sup>660</sup> Sobre esta forma de pago, baste añadir que les resulta aplicables las normas relacionadas con el ofrecimiento y la consignación, contenidas en los arts. 1176 al 1181 del CC (de estas fueron enmendadas la 1176, 1178 y 1180, por la Disposición Final Primera, núm. Noventa y dos, Noventa y tres y Noventa y cuatro, respectivamente, de la Ley 15/2015, 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *supra*) y aquellas que regulan la

pérdida de la cosa debida; (3) la condonación de la deuda; (4) la confusión de los derechos de acreedor y deudor; (5) la compensación; y (6) la novación. Evidentemente, esta enumeración es muy amplia y será preciso delimitarla, ya que no todas las formas de extinguir las obligaciones pueden aplicarse al contexto general de la sucesión *mortis causa* y al específico de la partición realizada por el testador, conforme el art. 1056.2 del CC.

De entrada, hay que destacar que la denominada pérdida de la cosa debida, que está regulada en los arts. 1182 al 1186 del CC, es incongruente con el sistema legitimario del Código Civil.<sup>661</sup> Esto porque en el caso de la legítima el efecto del pago solo se produce cuando el mismo sea efectivamente abonado. Además de que si hay que pagar en dinero, como es el caso de nuestro objeto de estudio, este resulta ser una cosa genérica y el género nunca perece. En cuanto a la confusión de derechos, regulada en los arts. 1192 al 1194 del CC, su aplicabilidad está sujeta a circunstancias fácticas específicas. Es decir, ante el posible supuesto de que el adjudicatario de la explotación económica se convierta en el único heredero del caudal hereditario del fallecido conmutado.<sup>662</sup> Ante tal suceso, ambas personas jurídicas, la del adjudicatario y la del no adjudicatario, se confundirán lo que provocará la extinción de la obligación de pagar la legítima porque al hacerlo se estaría pagando así mismo. Respecto a la compensación, reglamentada en los arts. 1195 al 1202 del CC, esta resulta ser la que más habitualmente podría utilizarse, ya que es común que el testador, en vida, le otorgue anticipos de sus legítimas a sus hijos. Esta acción puede ser muy ventajosa y útil para efectos de facilitar la sucesión de la empresa familiar. Esto debido a que mientras más adelantos el testador le haya dado a los no adjudicatarios, menos efectivo extrahereditario tendrá que pagarles el adjudicatario, lo que facilitará el proceso de

---

imputación de pagos, que se encuentran en los arts. 1172 al 1174 del CC. Igualmente, RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, págs. 235 - 236, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 734 - 735, opina que, según lo dispuesto en el art. 1170 del CC, como una especialidad dentro del modo normal de Pago o Cumplimiento, son aplicables los pagarés u otros documentos mercantiles, siempre que la materialización de estos no exceda el plazo, definido por el testador o el contador-partidor testamentario o el cónyuge fiduciario del art. 831, para abonar la legítima de los conmutados. Finalmente, se ha entendido que la cesión de bienes puede ser otra posible especialidad dentro de esta forma de pago. Su efectividad dependerá de que tal asunto sea acordado entre el adjudicatario y el no adjudicatario. También, según este autor, el testador puede «...imponer esta forma de pago, si bien debe ser cubierta suficientemente la legítima con el importe líquido de los bienes (en caso contrario, procederán según la cuantía del perjuicio, las acciones de rescisión o las de complemento de legítima)».

<sup>661</sup> Véase: RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1515; RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 236, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 735.

<sup>662</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1515; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 130.

liquidación de la legítima de estos y contribuirá a la estabilidad económica de la empresa. En el caso de la condonación de deudas<sup>663</sup>, que puede ser expresa o tácita, el art. 1187 del CC dispone que esta deberá regirse por los preceptos que regulan todo lo relacionado con las donaciones inoficiosas. Además, dicha norma establece que en el caso particular de la condonación expresa se debe cumplir con las formas de la donación. Sobre la modalidad de la novación, reglada en los arts. 1203 al 1213 del CC, se ha establecido que esta puede manifestarse a través de la extinción de la obligación original y el surgimiento de una nueva, acto que se denomina como novación extintiva, o por la modificación de algunos elementos de la obligación principal sin que se altere la identidad del vínculo obligatorio, suceso que se conoce como novación modificativa. Por ejemplo, entre el adjudicatario y los conmutados se pueden generar acuerdos sobre la extensión del plazo de pago con imposición de intereses moratorios o que el adjudicatario pague a través de la cesión de bienes propios, entre otros.<sup>664</sup>

Por último, se ha considerado viable que, a través de la autonomía de la voluntad, las partes puedan definir y acordar formas de pago innovadoras. Sobre el particular, se sugieren algunos ejemplos: «1. La del padre que adjudica la explotación a uno de los hijos para con beneficios procedentes de la misma hacer ciertos repartos a los demás interesados en plazos señalados por el testador y aceptados por los legitimarios si superan los cinco años; 2. Cuentas en participación de beneficios en la sociedad que controlará el adjudicatario; 3. Encargo al adjudicatario para que en el plazo de cinco años adquiera inmuebles para los demás interesados (inmuebles que podrá adquirir con rendimientos de la explotación)».<sup>665</sup>

---

<sup>663</sup> Respecto a esta forma de extinción de una obligación, hay algunos autores que consideran que no es aplicable al ámbito sucesorio porque en este lo que cabe es la repudiación y no la dispensa del cumplimiento. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1515; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 130.

<sup>664</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1515; RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, págs. 235 - 236, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 734 - 736. Véase, además, MILLÁN SALAS, F., *op. cit.*, «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», pág. 1190; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 130. No obstante, se ha entendido que será difícil que la obligación de pago de la legítima del adjudicatario se extinga por virtud de la figura jurídica de la novación extintiva. Esto debido a que, conforme al art. 1207 del CC, la extinción de las obligaciones accesorias requiere del consentimiento de los terceros que puedan verse afectados por la aplicación de esta modalidad de novación. FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 272; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1955.

<sup>665</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 736, «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, págs. 236 – 237. Véase, además, GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 1955.

## § 5

### GARANTÍAS PARA EL PAGO EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA Y LAS CONSECUENCIAS DE SU IMPAGO

El art. 1056.2 del CC no alude a las consecuencias de que el adjudicatario no pague en efectivo la legítima de los conmutados. Tampoco se expresa respecto a las garantías con que cuenta el legitimario no adjudicatario para proteger su derecho al pago de su legítima.<sup>666</sup> La única salvedad que se establece como parte de esta normativa es que «[s]i no se hubiera establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia». Todo esto, a pesar de que la esencia del problema de la posición jurídica de los perceptores del metálico es definir cómo garantizar sus derechos desde el fallecimiento del causante hasta su efectivo pago. Precisamente, debido a esta ausencia de definición de parte del legislador, la doctrina se ha visto obligada a llenar este vacío legislativo.

Por un lado, está la teoría que plantea que la interpretación de la porción del art. 1056.2 del CC, que permite que el conmutado exija su legítima en bienes hereditarios ante la ausencia de la forma de pago, sugiere que este debe realmente referirse a que ante el incumplimiento del plazo para el pago, los legitimarios no adjudicatarios pueden exigir que la herencia se reparta según las disposiciones de la partición normal.<sup>667</sup> Bajo este criterio, se argumenta «...que la adjudicación de la explotación está sometida a la condición, bien

---

<sup>666</sup> Tales circunstancias difieren del contenido del art. 831 del CC. En este se establece un régimen legal para proteger los derechos de los hijos o descendientes comunes y de los no comunes, que no se beneficiarán del ejercicio de la fiducia sucesoria. Por un lado, en el inciso tercero se dispone expresamente que el fiduciario al ejercer la facultad delegada tiene que respetar la legítima estricta de los hijos o descendientes comunes, las mejoras y cualquier otra disposición que el testador haya conferido a su favor. De no cumplirse con esto, los descendientes comunes podrán instar una acción de rescisión en contra del cónyuge o pareja de hecho fiduciaria. Por otro lado, el inciso cuarto alude, igualmente, a que las facultades otorgadas al fiduciario no pueden afectar la legítima ni las disposiciones que el causante haya concedido a favor de los descendientes no comunes. Incluso se establece que si el descendiente no común fue preterido de manera no intencional por el causante, las actuaciones del fiduciario no podrán perjudicar los derechos de estos. En fin, para ambos supuestos se ha entendido procedente la garantía del art. 15 de la LH. RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 742 y 747.

<sup>667</sup> Al respecto, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7657, comenta que para que sea efectiva la resolución de la partición no basta con que se termine el plazo para el pago, sino que será necesario que el perceptor del metálico inste una acción sobre este particular ante los tribunales. Incluso, este autor señala que el conmutado puede exigir, en vez del pago en bienes hereditarios, el cumplimiento del abono de su legítima en metálico extrahereditario. Por último, este señala que es posible que por haber varios perceptores del metálico, haya diversidad en la forma en que cada uno exija la satisfacción de su cuota hereditaria. En contra de esta perspectiva: HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, págs. 129 y 130; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 736 – 737, «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 237; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Tema V: Partición y Colación», *op. cit.*, pág. 209; ABELLA RUBIO, J. M<sup>a</sup>, «Capítulo III: Partición Extrajudicial - Partición Hecha por el Testador», *op. cit.*, pág. 164.

suspensiva, bien resolutoria, de que se efectúe realmente el pago de las cuotas legitimarias pagaderas en dinero».<sup>668</sup> A lo que se añade que para tener la protección del art. 80.2 del RH, que aunque alude al supuesto general de pago en metálico de la legítima de los arts. 841 y ss. del CC puede ser, igualmente, aplicable al supuesto concreto del art. 1056.2 del CC, la condición deberá consignarse en escritura pública de partición para reflejarse en la inscripción que se realice en el Registro de la Propiedad. Hay que hacer constar el hecho de que la adjudicación es claudicante para que no pueda activarse la protección del tercero registral.<sup>669</sup>

Otro enfoque doctrinal es partidario de que la garantía real del legitimario no adjudicatario se hace eficaz sobre los bienes inmuebles del caudal relicto por la constancia de la mención de su derecho, que se viabiliza a través del art. 15 de la LH y de los arts. 80.2 y 85 del RH.<sup>670</sup> Planteamiento que se justifica en tres razones principales. Primero, los conmutados no tienen la posibilidad de instar el juicio de testamentaria, porque el testador ya realizó la partición. Segundo, de la manera en que el texto del art. 1056.2 del CC se refiere a la porción hereditaria de los conmutados, como «la legítima de los demás interesados», es posible deducir que se trata de legitimarios de parte alícuota. Tercero, el heredero adjudicatario de los bienes está obligado a pagar la legítima de los conmutados en dinero.

Específicamente, para proteger el derecho de los conmutados, el art. 15 de la LH dispone que este será mencionado como parte de la inscripción de los bienes hereditarios. Dicha mención no solo sirve de garantía para el pago de la legítima de los no adjudicatarios,

---

<sup>668</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7656.

<sup>669</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, págs. 7656 - 7657. FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 265, nota 278, discrepa porque entiende que el art. 80.2 del RH únicamente es aplicable al supuesto general de pago en metálico de la porción hereditaria contenido en los arts. 841 y ss. del CC.

<sup>670</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, págs. 226 - 230, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 721 - 726; DÍEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, pág. 32. MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, pág. 1194, comparte el criterio de que una de las garantías del perceptor del metálico del art. 1056.2 del CC puede ser el art. 15 de la LH, siempre que este sea un legitimario de parte alícuota. También, este considera que los conmutados están protegidos con la reserva del art. 806 del CC hasta que el adjudicatario cumpla con su obligación de pagarles su legítima en efectivo no hereditario. Como tercera garantía, este autor destaca la que contiene el propio art. 1056.2 al disponer que los perceptores del metálico podrán requerir que su legítima sea abonada en bienes del caudal relicto, si el testador al adjudicar la explotación económica no dispuso que la parte legal de los demás interesados le fuera pagada en efectivo. Por su parte, GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, págs. 1956 – 1957, considera que la única garantía aplicable a los legitimarios no adjudicatarios es el art. 15 de la LH. Otros autores que entendían que el art. 15 de la LH garantizaba los derechos de los conmutados, al interpretar el anterior art. 1056.2 del CC, eran VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 167; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, págs. 878 – 882; y, con algunas matizaciones, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 57 – 61.

por constituir una afectación real sobre los bienes del caudal relicto del causante, sino que al formar parte de la misma inscripción del inmueble le comunica y advierte su existencia al tercero adquirente a título oneroso. De acuerdo con el art. 15 (a) de la LH, durante los primeros cinco años de la fecha de la mención, todos los bienes de la herencia estarán solidariamente afectados al pago de la legítima de los conmutados. Este término se extenderá a 20 años desde el fallecimiento del testador, manteniendo la afectación solidaria sobre todos los bienes del caudal relicto, si el causante, el contador partidor o el albacea no fijó la cuantía de la legítima de los no adjudicatarios ni concretó su garantía sobre ciertos bienes inmuebles.<sup>671</sup> Dicho plazo, junto con la afectación solidaria sobre todos los bienes hereditarios, también se aplicará bajo el supuesto de que alguna de las personas mencionadas anteriormente hubiese asignado una cantidad para pagar la legítima del conmutado. No obstante, sobre este supuesto, el precepto aclara que si, dentro de los cinco años posteriores a la inscripción de la mención en el Registro de la Propiedad, la cantidad atribuida no se impugna por insuficiente, entonces, al vencer dicho término la mención podrá cancelarse, siempre que el heredero adjudicatario evidencie que depositó en un banco el pago de la legítima junto con los intereses legales generados por los pasados cinco años.<sup>672</sup> De otra parte, si el causante, contador partidor o el albacea asignó bienes inmuebles concretos para el pago de la legítima de los conmutados, entonces, la garantía solo recaerá sobre estos según lo que se haya establecido en el título sucesorio o en el acto particional.<sup>673</sup> Se concluye que ante el supuesto concreto del art. 1056.2 del CC, si el conmutante no cumple con realizar el pago de la legítima de los conmutados, la partición podrá revocarse sin importar que el bien adjudicado se hubiera enajenado a un extraño.<sup>674</sup>

Sobre este aspecto, un autor<sup>675</sup> presenta una visión muy particular porque considera que las garantías que tendrá el perceptor del metálico estarán supeditadas a si el testador realizó una partición testamentaria o si solo se limitó a disponer una norma particional. Ante esta primera situación, se activarán los efectos del art. 1068 del CC, lo que significa que el adjudicatario tendrá la propiedad de la explotación económica o de las participaciones de la

---

<sup>671</sup> Artículo 15 b.1 de la LH de 1946, *supra*.

<sup>672</sup> Artículo 15 b.2 de la LH de 1946, *supra*.

<sup>673</sup> Artículo 15 b.3 de la LH de 1946, *supra*.

<sup>674</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 229, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 725 - 726.

<sup>675</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, págs. 440 - 441.

sociedad de capital. Además, no se podrá instar el juicio de testamentaria porque ya el testador realizó la partición. Debido a este contexto, este autor opina que al conmutado del art. 1056.2 del CC se le puede aplicar, analógicamente, la garantía contenida en el art. 844.2 del CC.<sup>676</sup> De manera que si el adjudicatario no cumple con el pago, este podrá solicitar que se revoque la partición hecha por el testador, junto con sus efectos reales si el bien asignado hubiera sido enajenado, y que se realice una partición normal para que los bienes hereditarios sean distribuidos entre todos los legitimarios. También, este autor sugiere que el perceptor del metálico podría ser protegido por el modo de pagar su legítima en efectivo que, a través del art. 1056.2 del CC, se le impone al conmutante. Aunque esta carga no suspende la disposición testamentaria, esta deberá ser cumplida cuando efectivamente se realiza la asignación. Si el adjudicatario no cumple con la misma, el legitimario no adjudicatario podrá reclamar su cumplimiento o revocar la disposición, conforme el art. 797 del CC. Para darle eficacia real al derecho de los conmutados respecto a los bienes inmuebles, se opina que en la inscripción de la explotación económica en el Registro de la Propiedad se debe mencionar la existencia del derecho que estos tienen a percibir su legítima en efectivo no hereditario. Para este autor, tal proceder registral se fundamenta en el art. 15 de la LH y en los arts. 80.2 y 85 del RH.

Distintamente, si se da la segunda circunstancia, referente a una norma particional, este<sup>677</sup> entiende que no serán aplicables los efectos del art. 1068 del CC, por lo que se deberá proceder a realizar la liquidación de la herencia y fijar y pagar las legítimas. Hasta que se cumpla con esto, el conmutante no será dueño exclusivo de la explotación. En este caso, la garantía del perceptor del metálico será la de cualquier legitimario antes de la partición. Es decir, este tendrá derecho a instar el juicio de testamentaria porque la partición aún no se ha realizado y la adjudicación e inscripción de la empresa no podrá hacerse hasta que se practique la partición.

---

<sup>676</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 229, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 725 - 726, no está de acuerdo con que el art. 844.2 del CC pueda servir de garantía para el conmutado del art. 1056.2 del CC. Por su parte, TORRES GARCÍA, T. F., «Una Aproximación al Artículo 1.056.II Código Civil...», *op. cit.*, pág. 1670, destaca que si se admite que el art. 844.2 del CC puede ser una garantía del conmutado, entonces, «...poca razón de ser ... [tendría] el régimen sucesorio del artículo 1056 CC sobre todo si seguimos sosteniendo su existencia como régimen sucesorio especial frente al de los artículos 841 a 847 CC lo que sin duda hacemos aun cuando aparentemente sean más las razones que parecen unirles que las que les separen».

<sup>677</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 441. MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Tema V: Partición y Colación», *op. cit.*, págs. 207 - 208, considera que tanto el supuesto concreto del art. 1056.2 del CC como el general de los arts. 841 al 847 del CC constituyen normas particionales que establece el testador y que resultan vinculantes para quien vaya a efectuar la partición de su herencia.

Para nosotros, la adjudicación de la explotación económica o el control societario está sujeta a la condición resolutoria del impago de la legítima de los conmutados en metálico no hereditario. Dicha condición se consigna, por virtud del art. 80.2 del RH, en una escritura pública de partición para que al inscribirse el Registro de Propiedad muestre que se trata de una adjudicación claudicante. La protección del conmutado también surge de la naturaleza jurídica de la legítima que persiste como *pars bonorum*, a pesar del supuesto de partición especial del art. 1056.2 del CC. De manera que si el adjudicatario de la explotación económica no cumple con su obligación de pagar la legítima de los no adjudicatarios, o, como anteriormente hemos comentado, si la forma de pago no fue expresamente dispuesta en el testamento, se manifestarán dos consecuencias. Por un lado, el conmutado podrá exigir que los bienes hereditarios, incluyendo la empresa o las acciones de la sociedad de capital, se dividan entre todos los legitimarios. Aunque, alternativamente y según su mejor conveniencia, podrían exigir que se pague su porción legal en efectivo extrahereditario. Por otro lado, el adjudicatario que había sido mejorado no solo perderá su mejora en términos cualitativos sino también a nivel cuantitativo.<sup>678</sup>

Es cierto que desde el fallecimiento del testador, y hasta que venza el término del aplazamiento para pagar la legítima del no adjudicatario en efectivo extrahereditario, no se puede instar el juicio de testamentaria porque la partición realizada por el testador es eficaz. Sin embargo, también es cierto que, por causa de la reserva legal del art. 806 del CC, esta partición puede ser revocada, ya sea porque no se estableció la forma en que debía abonarse la legítima de los conmutados o porque el adjudicatario no cumplió con abonarla. Ante cualquiera de estas circunstancias, se procederá a distribuir los bienes del caudal hereditario entre todos los legitimarios, conforme a las normas generales de la partición. Igualmente, si no se dispuso periodo de aplazamiento y el adjudicatario no satisface la porción legal de los no adjudicatarios, una vez fijado su valor, se activará el mecanismo de la partición normal. Justificamos este proceder en que a pesar de que la partición realizada por el testador es eficaz, esta también es especial porque asume la naturaleza del supuesto del art. 1056.2 del

---

<sup>678</sup> DÍEZ SOTO, C. M., *op. cit.*, pág. 31; CREMADES GARCÍA, P., «La Partición Hecha por el Testador con Actos *Inter vivos*», *op. cit.*, pág. 29; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 132. Respecto a la redacción anterior del art. 1056.2 del CC, véase: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 167; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, págs. 163 y 200. MILLÁN SALAS, F., «La Partición Hecha por el Testador al Amparo del Nuevo Artículo 1056.2...», *op. cit.*, pág. 1194, discrepa del último aspecto de esta apreciación, por lo siguiente: «[e]l que el adjudicatario de la explotación económica, de las acciones o participaciones sociales no pague en metálico a los demás no implica la pérdida de la mejora cuantitativa, a no ser que así lo haya previsto el testador en su testamento». Esta opinión MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, *op. cit.*, pág. 200, la tuvo también respecto al anterior art. 1056.2.



CC. Significa que el derecho del legitimario conmutado no ha sido individualizado y que la titularidad del adjudicatario sobre el bien adjudicado, a pesar de que ha sido adquirida desde la muerte del testador, no es plena y efectiva hasta que con el pago de la parte que le corresponde al no adjudicatario se evite que se active la condición resolutoria. Ambos factores son la causa de que persista la comunidad hereditaria entre el conmutante y el conmutado.

## § 6

### ESTUDIO DOCTRINAL SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA ANTE EL NUEVO TEXTO DEL ARTÍCULO 1056.2 DEL CC<sup>679</sup>

La nueva redacción dada por el legislador, en el 2003, al art. 1056.2 del CC originó que la doctrina se cuestionara si la naturaleza jurídica de la legítima del Código Civil, que en esencia es *pars bonorum*, había sido alterada. Al respecto, se han elaborado diversos enfoques doctrinarios. De una parte, están los autores que entienden que la legítima del Código Civil continúa siendo *pars bonorum*.<sup>680</sup> Su criterio lo fundamentan en que el hecho de que la legítima de algunos legitimarios pueda pagarse en metálico extrahereditario no es justificación para alterar su esencia. Por lo cual, se considera que hasta que la legítima de los conmutados no sea abonada, esta seguirá siendo *pars bonorum*. De otra parte, hay una tendencia doctrinal que opina que la naturaleza de la legítima del Código Civil ha mutado a una *pars valoris*.<sup>681</sup> Esto al entender que el supuesto concreto de partición especial realizada por el testador es una etapa más, dentro del proceso evolutivo que se está manifestando en el sistema legitimario del Código Civil.

Además, hay otro enfoque teórico al que le parece que para determinar si la naturaleza jurídica de la legítima ha variado por virtud del actual art. 1056.2 del CC, es necesario examinar si el adjudicatario del patrimonio empresarial es legitimario o no. Bajo este parámetro, se sugiere el análisis de si el beneficiado con la explotación económica es un legitimario, la legítima colectiva continuará siendo *pars bonorum*, aunque solo el legitimario adjudicatario sea el que recibe su parte *in natura*, mientras, la de aquellos que perciben el

---

<sup>679</sup> Si desea consultar un breve contraste doctrinal entre los supuestos concretos y el general de conmutación de la legítima, puede referirse a la sección 7 del Capítulo V de este trabajo.

<sup>680</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1517 – 1518. En referencia al anterior precepto 1056.2 del CC, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, pág. 124.

<sup>681</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Modificación del Párrafo Segundo del Artículo 1056...», *op. cit.*, págs. 216, véase, además, la pág. 226, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 707 y 731 – 732.

valor de su cuota en dinero será *pars valoris bonorum*. En cambio, si el adjudicatario es un extraño, entonces, tanto la legítima colectiva como la individual será *pars valoris bonorum*. Por lo señalado, se puede inferir que el único elemento necesario para que la naturaleza de la legítima se transforme de *pars bonorum* a *pars valoris bonorum* es que el testador establezca la forma de pago. Como ya se ha señalado, hay quienes consideran que el legitimario tendrá derecho sobre el caudal hereditario hasta que no se concrete la forma de pago.<sup>682</sup>

Nuestro parecer es que si bien es notable que a través de los años el legislador ha ampliado los supuestos ante los cuales será posible que la legítima de algunos legitimarios sea pagada en bienes extrahereditarios, tal realidad, por sí sola, no altera su naturaleza jurídica, que es *pars bonorum*. Es cierto que esta modalidad de pago de la legítima, contrario a la regla general de que esta debe abonarse en bienes de la herencia, constituye una excepción, aunque cada vez más amplia y generalizada, al principio de intangibilidad cualitativa. Sin duda, la evolución en la concepción de este principio es debida a los cambios económicos, sociales y familiares que se han suscitado en España, a través de los años, y en el deseo del legislador de hacer cónsona la normativa sucesoria a los mismos. No obstante, entendemos que mientras la aplicación de los preceptos que viabilizan el pago de las legítimas en bienes extrahereditarios no resulte en la individualización del derecho de los conmutados y estos, por tanto, se mantengan como integrantes de la comunidad hereditaria, la naturaleza de la legítima del Código Civil persistirá como *pars bonorum* hasta que efectivamente el pago de su parte les sea abonado.

## CONCLUSIÓN

El art. 1056.2 del CC constituye otra norma adicional que hace posible que la legítima de ciertos sucesores se pague en efectivo no hereditario. Este mecanismo sucesorio se refiere al supuesto especial de partición testamentaria que, como expusimos, está supeditado, entre otras consideraciones, a la consecución de cualquiera de estos dos objetivos concretos: (1) preservar el negocio o empresa o (2) mantener el control societario. Como se evidenció, la actuación distributiva del testador la genera o el interés por su familia o su deseo de

---

<sup>682</sup> FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, op. cit., págs. 263, 265, 275 y 283. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Partición por contador partidor: imposibilidad de pagar en dinero las legítimas cuando el adjudicatario de los bienes deja transcurrir el plazo previsto en la Ley», op. cit., págs. 3 – 4, (en la versión de la base de datos de Thomson Reuter Aranzadi: aranzadi.aranzadidigital.es), también favorece el criterio de que «...para los perceptores del metálico, su derecho se transforma en una *pars valoris bonorum*, siendo la legítima una parte alícuota del valor en cambio del patrimonio hereditario líquido y quedando los bienes hereditarios afectos al pago de la misma».

conservar la empresa. Ambos móviles apreciados libremente por el testador. A lo que se añade la particularidad de poder posponer el pago de la legítima de los conmutados, hasta un máximo de 5 años desde la apertura de la sucesión, si el testador, o el contador partidor testamentario, o el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC, lo dispuso así y la adjudicación persigue preservar una explotación económica o mantener el control participativo sobre una sociedad o grupo de estas. De ahí que mediante este precepto, el principio de intangibilidad cualitativa queda vulnerado en sus dos vertientes, el de calidad y forma en que se recibe la legítima.

Este supuesto especial de partición testamentaria sí se trata de una partición eficaz, aunque sujeta a una condición resolutoria. Aquí el adjudicatario adquiere la explotación económica o las participaciones de la sociedad de capital desde la apertura de la sucesión. Además, a este tipo de partición le son, también, aplicables los efectos del art. 1068 del CC. Sin embargo, contrario a la partición general del testador del art. 1056.1 del CC, la titularidad sobre el bien adjudicado se convierte en plenamente efectiva cuando el adjudicatario evita que se active la condición resolutoria al pagar la legítima de los conmutados en metálico no hereditario. Mientras no se realice dicho pago, se mantendrá la comunidad hereditaria entre el adjudicatario y el perceptor del metálico, debido a que este supuesto de partición especial, contrario a la regla general, no evita que esta surja. Particularidad que está justificada en el hecho de que se trata de una excepción a la regla general de que la legítima debe ser abonada en bienes hereditarios. Por un lado, el derecho del legitimario no adjudicatario no fue individualizado. Y, por otro lado, la titularidad plena y efectiva sobre el bien objeto de la adjudicación está subordinada a que no surja la condición resolutoria del impago de la legítima.

Dicha condición, conforme al art. 80.2 del RH, deberá ser consignada en la escritura de partición para que se refleje al inscribirse el bien adjudicado en el Registro de la Propiedad. Esta constancia registral de que la adjudicación es claudicante protege el derecho del legitimario conmutado frente a terceros registrales. A esta protección se añade la que provee la naturaleza de la legítima que persiste como *pars bonorum*. Es decir, que la reserva del art. 806 del CC salvaguardará el derecho de los legitimarios no adjudicatarios hasta que el mismo sea efectivamente satisfecho. Implicando ello que el pago en efectivo extrahereditario que el adjudicatario debe hacer a favor de los perceptores del metálico, debe calcularse considerándose el valor que tuvieron los bienes hereditarios al momento en que este se efectuara. No solo ante el impago del adjudicatario sino, también, y como particularidad de este precepto, por no haberse establecido expresamente la forma en que se iba a satisfacer su

parte legal, el legitimario conmutado, que continúa como cotitular de los bienes hereditarios porque su cuota no fue individualizada, podrá pedir que la misma le sea abonada en bienes hereditarios. Razones todas que confirman nuestra apreciación de que el conmutado y el adjudicatario son legitimarios del mismo nivel, difiriendo exclusivamente en la calidad y forma en que reciben su porción legal.

No cabe duda que esta posibilidad de que el pago de la legítima de los conmutados pueda abonarse en dinero extrahereditario junto a la característica de que este pueda ser aplazado es representativa de tres circunstancias particulares. Primero, que el legislador, luego de sopesar el interés de los legitimarios, respecto a su derecho a recibir su legítima en bienes de la herencia, y el del mantenimiento de la empresa indivisa, se ha inclinado, contundentemente, a favorecer el segundo. En otras palabras, el legislador le ha conferido primacía al bienestar social, al partir de la premisa de que hoy día son las pequeñas y medianas empresas las que, en mayor grado, sostienen la estabilidad económica de este país y de la UE. Segundo, se ha pretendido facilitar la sucesión de la empresa. Tercero, ha primado la autonomía de la voluntad del testador cuando normalmente su libertad de testar no se tiene en cuenta al ser las legítimas de derecho imperativo, y precisamente una limitación a la libertad testamentaria.



## CAPÍTULO V

### Supuesto General de Pago en Metálico No Hereditario de la Porción o Cuota de Bienes de los Hijos o Descendientes Legitimarios

**Sumario:** Introducción; § 1 Síntesis sobre los Antecedentes Legislativos de los Artículos 841 al 847 del CC; § 2 Requisitos para que se Active el Supuesto General de Pago en Efectivo de la Legítima: **A.** Ámbito subjetivo, **B.** Ámbito objetivo, **C.** Ámbito formal, **D.** Ámbito funcional; § 3 Efectividad de la Titularidad de los Legitimarios Conmutantes sobre los Bienes Adjudicados; § 4 Garantías para el Pago de la Legítima Abonada en Dinero No Hereditario y Consecuencias de su Impago; § 5 Instituciones Jurídicas Sucesorias Excluidas de la Aplicación del Supuesto General de Pago en Metálico; § 6 Excepcionalidad o Generalización de la Conmutación en Metálico de la Legítima; § 7 Compatibilidad vs. Incompatibilidad entre los Supuestos Concretos y el General de Pago en Metálico de la Legítima; § 8 Exposición Doctrinal sobre la Naturaleza Jurídica de la Legítima Pagada en Dinero en Base a un Criterio General; Conclusión.

## INTRODUCCIÓN

El actual texto de los arts. 841 al 847 del CC, a través de los cuales se instituye la posibilidad general de pago en efectivo extrahereditario de la legítima de los hijos o descendientes legitimarios, procede de la Ley 11/1981 de 13 de mayo.<sup>683</sup> Estos artículos, que

---

<sup>683</sup> Esta ley se aprobó como resultado del mandato constitucional, contenido en los arts. 14 y 39 de la Constitución de España de 1978, que proclama la igualdad de derechos entre los hijos, sea cual sea su tipo de filiación. La misma implicó modificaciones no solo en cuanto a la temática del Derecho de familia, con especial atención a la filiación, la patria potestad y el régimen económico matrimonial, sino que también impactó, coherentemente, el ámbito relacionado al Derecho de sucesiones. En términos de la filiación, en el art. 108 del CC se suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima. Desde entonces, a esas filiaciones se les denomina como matrimonial o no matrimonial y ambas, incluyendo a la adoptiva, surten los mismos efectos legales. Véase: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, pág. 17; GARCÍAS DE ESPAÑA, E., *op. cit.*, págs. 838 - 839. Por otro lado, los antecedentes de los arts. 841 al 847 del CC se encuentran en aquella normativa que tenía que ver con la legítima de los hijos naturales reconocidos y que, precisamente, fue sustituida por esta nueva regulación. En concreto, en el derogado art. 840.2 del CC, cuyo texto leía: «[l]os hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponde a los naturales en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación». Este precepto, a su vez, tuvo como precedente inmediato al art. 826 del Anteproyecto de Código Civil de 1882 - 1888, puesto que ambos artículos tenían idéntico texto. Contenido que, de igual forma, estuvo influenciado por el art. 744 del Código Civil de Italia de 1865 que decía: «[l]os hijos legítimos o sus descendientes tienen la facultad de pagar la parte alicuota correspondiente a los hijos naturales en dinero o en bienes inmuebles de la herencia, según justa tasación». Véase: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico...», *op. cit.*, pág. 991; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1989, pág. 18; GULLÓN BALLESTEROS, A., «La Conmutación de la Legítima de los Hijos Naturales Reconocidos», en A.D.C., núm. 4, 1966, pág. 779; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882 - 1888)...*, *op. cit.*, pág. 259; AGUILERA Y VELASCO, A., *Colección de Códigos Europeos y Americanos: Código Civil Italiano: Comentado, Concordado y Comparado...*, *op. cit.*, pág. 125. (Para conocer más sobre esta forma derogada de conmutar la legítima de los antes denominados hijos naturales, pueden consultar a: VALLET DE GOYTISOLO, J., «Contenido Cualitativo de las Legítimas de los Descendientes en el Código Civil», *op. cit.*, págs. 115 - 121 y *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Legítimas*, Vol. 1, *op. cit.*, págs. 268 - 275; GULLÓN BALLESTEROS, A., «La Conmutación de la Legítima de los Hijos Naturales Reconocidos», *op. cit.*, págs. 779 - 794; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Vol. II, *op. cit.*, págs. 326 - 337; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículos 840 al 844

excepcionan ampliamente la regla general de pago de la legítima con bienes de la herencia, tienen «[l]a finalidad de poder separar a dos legitimarios o grupos de legitimarios que, por razones de procedencia genética..., de la mala calidad de sus relaciones o de simple preferencia del causante por uno o algunos de ellos se estima que han de recibir los bienes hereditarios de manera diferente».<sup>684</sup> Más concretamente, la singularidad de esta norma contribuye a evitar potenciales problemas que, de ordinario, surgen en la distribución del caudal hereditario, ya sea por la naturaleza de los bienes que lo integran como por la confluencia de sucesores en conflicto, problemática esta última que si bien puede darse entre aquellos que mantienen vínculos directos de parentesco, se complica aún más cuando estos no existen y tampoco hay una relación de afecto; la vinculación se da en grado sencillo, por ejemplo, un hijo o una hija de padre o madre diferente; o porque los diversos grupos familiares del causante o no se conocen o están enfrentados entre sí.<sup>685</sup> En ese sentido, igualmente, es el propósito de esta normativa que la partición no segregue los bienes de la herencia entre dos grupos de legitimarios, anhelo que, en todo caso, es difícil de cumplir si son varios los conmutantes, puesto que posteriormente entre ellos el caudal hereditario será dividido, o si alguno de estos prefiere no optar por la alternativa de conmutar el pago en metálico de la legítima de los otros legitimarios y distribuir el patrimonio hereditario entre todos los herederos o legatarios de parte alícuota.<sup>686</sup>

Se ha argumentado que la normativa elaborada en los arts. 841 y ss. del CC no era compatible con la intención de la reforma del CC de 1981 de lograr la igualdad familiar de sus integrantes, tanto a nivel del Derecho de familia como en el de sucesiones, con independencia de la existencia o no del matrimonio y del tipo de filiación. Se ha planteado

---

del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, págs. 543 – 572).

<sup>684</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 841», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 6243; Véase, también, a: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dir.) M. Albaladejo García, tomo XI, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 490 – 491; SABORIDO SÁNCHEZ, P., «El Pago en Metálico de la Legítima por Orden del Testador y Garantías para su Cumplimiento», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, Madrid, 2014, pág. 1310. No obstante, hay otro criterio doctrinal, con el que no coincidimos, que sugiere que la finalidad de estos artículos no es otra que provocar una «quasi [sic] desheredación». Esto por entender «... que la voluntad del causante es privar al legitimario de su derecho de legítima, pero al no tener causa legal para ello, se acoge a esta posibilidad contemplada en el art. 841 C.c.». GARCÍAS DE ESPAÑA, E., *op. cit.*, pág. 839, citando a GOMA SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, págs. 952 y ss.

<sup>685</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 15 – 16.

<sup>686</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 841», *op. cit.*, pág. 6243.

que el supuesto general de pago de la legítima en metálico contradice el mandato constitucional de igualdad, puesto que la posibilidad de que el testador pueda separar a alguno de los hijos o descendientes legitimarios de los bienes hereditarios, a favor de otros, constituye un acto de discriminación. En ese sentido, se entiende que la reforma viabilizó que el causante pudiera desigualar a sus hijos en término de la «consistencia cualitativa, cumplimiento y garantía de la legítima estricta», lo que favorece a los legitimarios adjudicatarios porque los bienes asignados tienen una importancia económica sustancial, razón por la cual el testador persigue que estos se preserven indivisos. De ahí que se alegue que la aplicación de estos preceptos no solo niega el principio aludido, sino que dentro del marco normativo sucesorio del CC representan una excepción a las reglas generales que buscan mantener la igualdad en la fase de la partición, es decir, «...la regla de unanimidad y de las porciones iguales *in natura*...».<sup>687</sup>

Por lo expuesto, se ha considerado que la verdadera intención legislativa detrás de los artículos relacionados con el pago en metálico de la legítima individual de algunos de los legitimarios tiene que ver con lograr que, ante el evento sucesorio, la totalidad o parte de los bienes del causante se conserven indivisos, como sería el caso particular de la explotación agrícola, característica esta muy particular de los Derechos forales. Más concretamente, y con la incorporación de la frase «explotación económica», que engloba a la empresa mercantil, en la nueva redacción dada al art. 1056.2 del CC en el 2003, norma que fue examinada en el capítulo anterior, se alude a que la justificación del art. 841 del CC no puede ser otra que mantener indivisa y en continuo funcionamiento una organización económica, en términos generales.<sup>688</sup> De esta forma, se entiende que se logra dar cumplimiento a la función social que el art. 33.2 de la Constitución de España de 1978 le adscribe no solo al derecho de propiedad sino también a la herencia. La conmutación de la legítima en metálico, que el legislador español permite a través de estos preceptos, pretende mantener la integridad de los bienes dentro del grupo de algunos de sus hijos o descendientes para que, en general, continúe la productividad y funcionalidad de la explotación económica.<sup>689</sup>

---

<sup>687</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, op. cit., págs. 15 – 16, citando a DELGADO ECHEVARRÍA, J., «La Reforma en el Derecho de Sucesiones», en *El Nuevo Régimen de la Familia: II Filiación, Patria Potestad, Economía del Matrimonio y Herencia Familiar*, (coords.) J. L. Lacruz Berdejo, F. Sancho Rebullida, A. Luna Serrano, J. Delgado Echevarría y F. Rivero Hernández, Madrid, 1981, pág. 195; aludiendo, además, a los arts. 1058 al 1062 del Código Civil.

<sup>688</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, op. cit., págs. 17 y 18.

<sup>689</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, op. cit., pág. 21. DÍEZ SOTO, C. M., op. cit., pág. 26, no está del todo de acuerdo con este planteamiento. Es su criterio que: «Este régimen no aparece específicamente diseñado para resolver el problema de la continuidad en las empresas



Nuestro parecer es que este mecanismo legal permite que el testador pueda distribuir su patrimonio, entre sus hijos y descendientes legitimarios, primando su autonomía de la voluntad, de la manera que mejor estime conveniente, siempre que se respete el aspecto cuantitativo de las legítimas de aquellos que deberán recibir su cuota en metálico no hereditario. Así lo ha interpretado el TS al manifestar que los requisitos o condicionantes que definen la efectividad del supuesto general de pago en metálico de las legítimas persiguen «...velar por la neutralidad, seguridad y equilibrio de la conmutación operada en el pago de la legítima, de forma que su mera aplicación no resulte perjudicial para los intereses de los legitimarios».<sup>690</sup> El objetivo del art. 841 del CC es simplemente ofrecerle mayor libertad al testador para organizar y distribuir sus bienes hereditarios entre sus sucesores porque este, al fin y al cabo, es el que mejor conoce las interioridades y necesidades de su entorno familiar.

A continuación, se procederá a examinar cuáles son las implicaciones de este tipo de norma como parte del sistema legitimario del Código Civil. En concreto, se estudiarán cada uno de los artículos para definir su efecto tanto respecto del legitimario adjudicatario de los bienes relictos como del legitimario que percibe su cuota hereditaria en metálico. Esto, en término de las alternativas y opciones de cada cual y las garantías o protecciones legales que existen para asegurar que el hijo o descendiente, al que le corresponde su legítima en efectivo, pueda obtener un valor cónsono al que tengan los bienes y derechos del caudal relicto al momento en que su cuota hereditaria le sea liquidada.

## § 1

### **SÍNTESIS SOBRE LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LOS ARTÍCULOS 841 AL 847 DEL CC**

El proceso legislativo para aprobar los textos de los artículos atinentes al supuesto general de pago en metálico de la legítima fue tormentoso y estuvo matizado, en su inicio, por la preocupación de que al tratar de buscar esa igualdad entre los hermanos, sin distinguir si eran producto de una relación matrimonial o extramatrimonial, se estuviera contribuyendo,

---

familiares, ya que su ámbito objetivo es más amplio; no obstante, éste será uno de los supuestos típicos en los que estará justificado el recurso de este mecanismo, especialmente cuando la explotación familiar sea el único bien importante existente en la herencia». Además, este autor entiende que este tipo de normativa, igual que en el caso del supuesto concreto del art. 829 del CC, puede ser de mucha utilidad para mantener la integridad de un grupo de acciones o participaciones que no proveen el control societario y que, por tanto, no podrían ser distribuidas por el testador conforme el art. 1056.2 del CC.

<sup>690</sup> STS núm. 604 de 22 de octubre de 2012, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2012/10413); RDGRN núm. 6126 de 5 de abril de 2019, *supra*.

de alguna manera, a la desintegración del entorno familiar fundado en el matrimonio. Por esto, al redactar el Borrador del Anteproyecto de Ley, responsabilidad que recayó en un equipo de trabajo de la Comisión General de Codificación, se optó por preservar la facultad de conmutar en efectivo la legítima de los hijos o descendientes extramatrimoniales, que el derogado artículo 840.2 del CC le proveía a los hijos matrimoniales.<sup>691</sup> Aunque, se incorporó la salvedad de que si había varios hijos matrimoniales, estos debían tomar por unanimidad la decisión de pagar en efectivo la cuota hereditaria de los hijos no matrimoniales. Igualmente, se estableció que la facultad de conmutación no era viable ante cuatro supuestos: (1) el testador la prohibió expresamente; (2) la partición fue realizada por el testador y en esta le atribuyó bienes concretos a los hijos no matrimoniales; (3) el testador elaboró normas particionales para que en la partición ciertos bienes le fueran adjudicados a los hijos extramatrimoniales, en compensación de su porción o cuota hereditaria; (4) el causante dispuso que, en pago de su legítima, se le asignara un legado de un bien determinado a un hijo no matrimonial. Además, se entendió necesario que la cuantía de la cuota correspondiente a los perceptores del metálico debía fijarse considerando el valor que tuvieran los bienes del caudal relicto al momento de la liquidación o partición de la herencia. También, que una vez fijada la cuantía a percibirse, esta debía abonarse en el término de un mes para evitar su depreciación, a menos que las partes interesadas acordaran otro plazo, posibilidad que se previó no solo para atender este asunto sino aquellos relacionados con las condiciones y garantías de la compensación.<sup>692</sup> Otro dato importante que dio base al desarrollo del art. 840 del CC fue que en el Borrador del Anteproyecto de Ley «[s]e consagraba expresamente el principio de que el derecho a pagar la legítima en metálico no alteraba, “prima facie”, la naturaleza jurídica de la legítima de los herederos forzosos obligados, en su caso, a recibir la legítima en dinero». En ese sentido, «[h]asta que el pago se realizase [estos] conservaban su condición de cotitulares del activo hereditario».<sup>693</sup>

---

<sup>691</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 490; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho de...*, *op. cit.*, pág. 278 y «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, pág. 142; PANTALEÓN PRIETO, F., «Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, volumen II, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1984, pág. 1333; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 19.

<sup>692</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, págs. 143 y 144 y *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 278; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 20 y 28; PANTALEÓN PRIETO, F., «Pago de la Porción Hereditaria...», *op. cit.*, pág. 1334.

<sup>693</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, pág. 144; PANTALEÓN PRIETO, F., «Pago de la Porción Hereditaria...», *op. cit.*, pág. 1334. Véase, además, a LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 20 y 26 - 27.

El proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979<sup>694</sup>, que el Gobierno de España envió a las Cortes, aunque no atendió a muchas de las recomendaciones contenidas en el Borrador del Anteproyecto de Ley e incluso incorporó modificaciones<sup>695</sup> significativas, mantuvo la posibilidad de que los hijos matrimoniales pudieran optar por la alternativa de conmutar en metálico la legítima de sus hermanos no matrimoniales.<sup>696</sup> Sin embargo, en el Congreso, tanto el grupo parlamentario socialista como el de la Unión de Centro Democrático (UCD) consideraron que los artículos propuestos por el Gobierno aún mantenían la discriminación en contra de los hijos extramatrimoniales, no en términos de la intangibilidad cuantitativa de la legítima sino más bien en la cualitativa, infringiendo de esta manera la igualdad que demandaban los arts. 14 y 39.2 de la vigente CE de 1978. Precisamente, por entender que la

---

(Para una discusión sobre los fundamentos en los que se basaron los miembros de esta Comisión para elaborar el Borrador del Anteproyecto de Ley, en relación específica al proyectado art. 840 del CC, se puede consultar: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, págs. 142 – 145; PANTALEÓN PRIETO, F., «Pago de la Porción Hereditaria...», *op. cit.*, págs. 1333 – 1335; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, págs. 75 – 76).

<sup>694</sup> B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Proyecto de Ley, I Legislatura, Serie A: Proyecto de Ley, núm. 71-I, de 14 de septiembre de 1979, págs. 313 – 347, en especial la pág. 343.

<sup>695</sup> Una de esas modificaciones tuvo que ver con no establecer expresamente que hasta que los hijos extramatrimoniales no recibieran el pago en efectivo, estos mantendrían su derecho sobre la porción reservada. Garantía que tampoco se precisó, ante el caso de que los hijos matrimoniales incumplieran con comunicarle a los no matrimoniales, dentro del término que el Gobierno fijó en 30 días a partir del fallecimiento del testador, su decisión de conmutarles su legítima. Otro cambio tenía que ver con que la existencia de un contador partidario imposibilitaba que los hijos matrimoniales pudieran ejercer la facultad de conmutación sobre la porción legal de sus hermanos no matrimoniales. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, pág. 145; PANTALEÓN PRIETO, F., «Pago de la Porción Hereditaria...», *op. cit.*, pág. 1336; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 21 - 22. Por su parte, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, pág. 145, analiza el primer cambio de la siguiente manera: «Como presumo quién fue el inspirador del Proyecto, sé que esto no obedeció a un cambio de criterio, de forma que se quisiera atribuir a los legitimarios la posición de simples acreedores, sino a la obsesión por el laconismo, y al deseo de no introducir normas que se desprendían del sistema». (Para un detalle de otras modificaciones efectuadas por el Gobierno al Anteproyecto y conocer otros aspectos relacionados al contenido de este Proyecto de Ley del Gobierno, véase: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, págs. 76 – 78; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 21 – 22 y 27 - 28; PANTALEÓN PRIETO, F., «Pago de la Porción Hereditaria...», *op. cit.*, págs. 1335 – 1343, 1357).

<sup>696</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, pág. 115. Véase, además, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, pág. 145; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, pág. 76; SABORIDO SÁNCHEZ, P., *op. cit.*, pág. 1309; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, págs. 486 - 487; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 21. A tales efectos, el contenido sugerido para el art. 841 del CC fue el siguiente: «De faltar contador-partidario designado por el testador, los hijos o descendientes matrimoniales podrán optar por satisfacer en dinero la legítima o la porción hereditaria que por cualquier título corresponda a los hijos o descendientes no matrimoniales, o algunos de ellos». B.O.C.G., Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A: Proyecto de Ley, núm. 71-I, *supra.*, pág. 343; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, pág. 115; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 486; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, pág. 76.

regulación era inconstitucional el grupo socialista, por voz del diputado Antonio Sotillo Martí, mantuvo y defendió las enmiendas de supresión que originalmente habían presentado en contra del proyecto de ley del gobierno.<sup>697</sup> Por su parte, el grupo parlamentario de UCD, a través de la diputada María Dolores Pelayo Duque<sup>698</sup>, sometió unas enmiendas transaccionales en las que propuso una nueva redacción a los efectos de que fuera el testador o el contador partidor, autorizado por este, y ante la presencia necesaria de descendientes de diferente filiación, los que definieran qué hijos tendrían la opción o facultad de conmutar las legítimas de los otros legitimarios y quienes serían los sujetos a los que se les aplicaría tal conmutación.<sup>699</sup> La enmienda de UCD fue avalada por el Congreso de los Diputados.<sup>700</sup>

---

<sup>697</sup> Véase: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria Núm. 140, 18 de diciembre de 1980, págs. 9034 – 9035.

<sup>698</sup> Aunque fue el diputado José Antonio Escartín Ipiéns, del grupo parlamentario UCD, el que redactó la enmienda transaccional. ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., «El Contador Partidor dativo. Nota sobre su Origen, Finalidad, Naturaleza, Funciones y Procedimiento», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2014, págs. 407 y 410.

<sup>699</sup> En concreto, el texto de la enmienda al art. 841 fue el siguiente: «Concurriendo hijos o descendientes matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos, el testador o el contador partidor autorizado expresamente por aquél podrán optar por satisfacer en dinero la legítima o porción hereditaria que corresponda a alguno o algunos de dichos hijos o descendientes, expresamente designados en el testamento. En todo caso, la porción legítima habrá de atribuirse en bienes entre alguno de los hijos o descendientes». Esta posibilidad también se podía realizar a través del contador dativo, figura de nueva creación que se incorporó en el art. 1057.2 del CC. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, pág. 116; SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. Mª., *op. cit.*, pág. 1018; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, pág. 80; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 23; PANTALEÓN PRIETO, F., «Pago de la Porción Hereditaria...», *op. cit.*, págs. 1341 – 1342 y 1343; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 487; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «La Reforma, en el Derecho de Sucesiones», en *El Nuevo Régimen de la Familia. II. Filiación, Patria Potestad, Economía del Matrimonio y Herencia Familiar*, (dirs.) M. Alonso Olea, M. Cortés Domínguez, L. Díez Picazo, J. García Añoveros, E. García de Enterría, J. González Pérez, A. Menéndez, G. Rodríguez Mourullo y R. Uría, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición, 3ª reimpresión, Madrid, 1982, pág. 196. (Examinese, además, el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria Núm. 140, *supra.*, págs. 9037 – 9038, para conocer el texto de todas las enmiendas transaccionales propuestas por UCD). Otra modificación significativa efectuada en el Congreso fue la ampliación de los términos en que el conmutante debía comunicarle a los conmutados la decisión de conmutar sus legítimas y abonarles su cuota en metálico extrahereditario. Cada uno se fijó en un año, el primero contado desde la apertura de la sucesión y el segundo que aparentaba ser a partir del vencimiento del anterior plazo. Por su parte, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, pág. 146, añade que fue, precisamente, en el Congreso donde se incorporó, por primera vez, la exigencia de que si la partición no era avalada por todos los hijos o descendientes, esta debía ser sometida a la aprobación judicial [hoy día, a la aprobación del Letrado de la Administración de Justicia o el Notario]. Destaca, además, este autor que esta institución legislativa tampoco incluyó la salvedad de que hasta que estos legitimarios no cobraran su porción en efectivo, debían ser considerados como cotitulares del activo hereditario. Su análisis sobre esta circunstancia resulta ser interesante para efectos de analizar e interpretar las implicaciones de los arts. 841 y ss. del CC. En concreto, este autor comenta: «La omisión, en el texto del Congreso, reviste mayor gravedad que en el Proyecto del Gobierno por cuanto al decirse, por primera vez, que “corresponderá al perceptor de la cantidad las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad” se introduce, implícitamente, un cambio fundamental en el sistema legitimario, y lo que es peor se sustituye la sólida garantía que representa ser cotitular del activo hereditario hasta el pago, por la confusa anotación preventiva regulada por la Ley Hipotecaria, inviable, por otra parte, si en la herencia no hay bienes inmuebles o éstos representan una pequeña parte del haber hereditario. ...

Por su parte, el Senado, a través de las deliberaciones de la Comisión de Justicia e Interior, modificó el texto no solo para excluir al contador partidario dativo dentro de aquellos que podían seleccionar a los hijos que tendrían la facultad de conmutar y los que estarían sujetos a la misma, sino que, además, dejó claro que la opción de conmutación no estaría sujeta al requisito de la existencia de diversidad de filiación. Es decir, que la conmutación podría darse, incluso, ante la presencia de una sola clase de hijos, fueran matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos.<sup>701</sup> También, en el art. 845 del CC se incorporó, por influencia de la enmienda 119 del Grupo Parlamentario UCD, el siguiente contenido: «Hasta que hayan sido satisfechas las cuotas de los hijos o descendientes que deban percibir las en metálico no podrán los demás herederos, sin el consentimiento de los primeros, disponer de los bienes hereditarios, ni éstos podrán ser embargados por sus acreedores particulares. Estas limitaciones se harán constar en la inscripción registral de los bienes que se practique en virtud de partición».<sup>702</sup>

---

Desaparece la exigencia de que el pago en metálico requiere el consentimiento de los llamados a quedarse con los bienes hereditarios y, en cambio, se introduce un plazo para el pago, que prácticamente es de dos años a contar desde la apertura de la sucesión». (Para un detalle adicional sobre el desarrollo y los cambios que los artículos mencionados sufrieron en el Congreso de los Diputados, véase: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, op. cit., págs. 78 – 82; PANTALEÓN PRIETO, F., «Pago de la Porción Hereditaria...», op. cit., págs. 1341 – 1343; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., págs. 23 – 24 y 26 – 28; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria Núm. 140, *supra.*, págs. 9037 – 9038; B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Aprobación por el Congreso, I Legislatura, Sección A: Proyecto de Ley, Núm. 71 - III, 31 de diciembre de 1980, págs. 348/117 – 348/118).

<sup>700</sup> B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Aprobación por el Congreso, Serie A: Proyecto de Ley, Núm. 71 – III, *supra.*, págs. 348/117 – 348/118; B.O.C.G., Senado, Texto Remitido por el Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (a), 2 de febrero de 1981, págs. 29 – 30; B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Dictamen de la Comisión y Enmiendas, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 71 – II, 1 de diciembre de 1980, pág. 348/78.

<sup>701</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», op. cit., pág. 116 y «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», op. cit., pág. 491; SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>., op. cit., pág. 1019; PANTALEÓN PRIETO, F., «Pago de la Porción Hereditaria...», op. cit., pág. 1359; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, op. cit., pág. 487; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «La Reforma, en el Derecho de Sucesiones», op. cit., pág. 197. Para visualizar que el texto propuesto por el Senado al art. 841 del CC estuvo influenciado por la enmienda del Grupo Parlamentario UCD, puede consultarse: B.O.C.G., Senado, Enmiendas, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (c), 24 de febrero de 1981, págs. 54 – 55, 101; B.O.C.G., Senado, Informe de la Ponencia, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (d), 24 de marzo de 1981, pág. 139; B.O.C.G., Senado, Dictamen de la Comisión, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (e), 27 de marzo de 1981, pág. 208; B.O.C.G., Senado, Enmiendas Aprobadas por el Senado, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (f), 8 de abril de 1981, pág. 280.

<sup>702</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, op. cit., pág. 84. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», op. cit., págs. 147, participó tanto en la redacción de las enmiendas en la parte del Proyecto de Ley sobre filiación como en el proceso de las deliberaciones de la Comisión de Justicia del Senado. Dentro del desarrollo de las deliberaciones, este logró persuadir al Senado en: «Que era menester respetar la naturaleza del sistema y por

Cuando el texto legal pasó para su aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados, algunas de las modificaciones sugeridas por el Senado no fueron aprobadas. Por ejemplo, nuevamente, se le confirió al contador partididor dativo<sup>703</sup>, nombrado conforme al art. 1057.2 del CC, la autoridad de abonar en metálico las legítimas de los hijos o descendientes. Además, se eliminó la redacción recomendada para el art. 845 del CC.<sup>704</sup>

Como puede observarse, tanto en el Anteproyecto de Ley de la Comisión General de Codificación como en el Proyecto de Ley del Gobierno, e incluso en el derogado art. 840.2

---

tanto no era de recibo sustraer al legitimario su porción de bienes reservada mientras no se le pagase. Por lo que era innecesario dispensarle adicionalmente las garantías otorgadas al legatario de cantidad, así como someter la partición a la aprobación judicial [hoy día, a la aprobación del Letrado de la Administración de Justicia o el Notario]». Sin embargo, este autor aclara que en el texto finalmente aprobado «[n]o se consagró con la claridad que [él] hubiese deseado la reserva de la porción de bienes a favor de los legitimarios obligados a percibir su legítima en metálico, si bien, como hizo notar Vallet, así se infiere del artículo 844-2, a pesar de lo cual no se suprimió la referencia a las garantías acordadas al legatario de cantidad de suyo inútiles en tanto se acepte, como debe aceptarse, que la reserva subsiste hasta el pago. También se mantuvo la necesidad de obtener autorización judicial [hoy, aprobación del Letrado de la Administración de Justicia o el Notario]». Para examinar otras recomendaciones de este autor acogidas por el Senado, puede revisarse la pág. 148 de la referencia citada y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., págs. 24 – 25 y 26 – 28. En relación con las modificaciones que los arts. 841 al 847 del CC recibieron por el Senado, véase: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, op. cit., págs. 82 – 84; PANTALEÓN PRIETO, F., «Pago de la Porción Hereditaria...», op. cit., págs. 1356 – 1374; B.O.C.G., Senado, Enmiendas, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (c), *supra.*, págs. 101 – 105, esp. la págs. 104 y 105; B.O.C.G., Senado, Enmiendas Aprobadas por el Senado, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (f), *supra.*, pág. 281; B.O.C.G., Senado, Informe de la Ponencia, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (d), *supra.*, pág. 140; B.O.C.G., Senado, Dictamen de la Comisión, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (e), *supra.*, pág. 208. Por otra parte, para examinar un poco más la evolución legislativa, en general, de los arts. 841 al 847 del CC, se puede consultar a SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>., op. cit., págs. 1017 – 1019.

<sup>703</sup> Se piensa que para la elaboración de esta figura jurídica se inspiraron en la Ley 345 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, Ley 1/1973, de 1 de marzo, en su redacción previa a la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modificó la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra. Compilación que se ha ido modificando sucesivamente, hasta su más vigente enmienda con la Ley Foral 10/2016, de 1 de julio, de actualización del régimen regulador de la sucesión legal a favor de la Comunidad Foral de Navarra. El texto de la Ley 345 disponía: «En defecto de partición hecha por el causante o por el contador partididor nombrado por él, los herederos podrán practicar la partición de los bienes por acuerdo unánime. No habiendo unanimidad, los herederos que sumen al menos dos tercios del caudal hereditario líquido podrán acudir al Juez para que ésta [sic] designe contador que practique la partición. La partición realizada por el contador y aprobada por el Juez obligará a todos los herederos. A falta de dicha mayoría de dos tercios, quedará a salvo el derecho de cualquier heredero para ejercitarlo en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil». Véase: LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, op. cit., pág. 487; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, op. cit., pág. 136; [www.iberley.es/legislacion/ley-1-1973-1-mar-compilacion-derecho-civil-foral-navarra-1314110/40](http://www.iberley.es/legislacion/ley-1-1973-1-mar-compilacion-derecho-civil-foral-navarra-1314110/40), última consulta el 10 de septiembre de 2017.

<sup>704</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, op. cit., págs. 84 – 85; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., págs. 25 – 28; B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Aprobación Definitiva por el Congreso, I Legislatura, Serie A: Proyecto de Ley, núm. 71-IV, del 8 de mayo de 1981, págs. 348/153 – 348/154; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria Núm. 163, 28 de abril de 1981, págs. 10015 – 10017; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, op. cit., pág. 487; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «La Reforma, en el Derecho de Sucesiones», op. cit., pág. 197.

del CC, la posibilidad de que las legítimas de los hijos extramatrimoniales se pagaran en metálico no hereditario se justificaba en el interés legislativo de conferir un trato más favorable a la familia matrimonial, en la medida que permitía que el patrimonio se conservara dentro del núcleo familiar creado a través del matrimonio. Luego, ante las enmiendas efectuadas por el Congreso a esos preceptos, esta alternativa se permitió para evitar que los bienes relictos quedaran en comunidad entre hermanos de distinta filiación, ya que tal suceso podría generar conflictos entre ellos. Una vez aprobada la normativa, la opción de pago en metálico de la legítima se posibilitaba solo por el hecho de que el testador lo hubiera dispuesto y, finalmente, el adjudicatario no la rechazara. De darse esa circunstancia, no era importante para el legislador que cualquiera de los hijos o descendientes legitimarios recibiera su legítima individual *in natura* o a través de un valor equivalente al de los bienes del caudal relicto. Su intención legislativa era ampliar, de una forma indirecta, las posibilidades del testador de distribuir su herencia entre sus sucesores.<sup>705</sup>

---

<sup>705</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, págs. 21 y 80; PANTALEÓN PRIETO, F., «Pago de la Porción Hereditaria...», *op. cit.*, págs. 1336 y 1395. Por otra parte, comentar que la A.P.D.C. propuso una nueva redacción para los arts. 841 al 847 del CC. En la misma, sin alterar la esencia y finalidad de esta norma, sintetizó su contenido; incorporó elementos procesales prácticos, tales como la consignación del pago de la legítima de los conmutados, en el caso de que estos no aceptaran la liquidación de su derecho por no estar de acuerdo con el cálculo del mismo; integró el apartado segundo del art. 1056 del CC; especificó que la legítima abonada en efectivo extrahereditario devengaría intereses legales desde la muerte del causante; redujo el plazo para que los conmutantes, fueran legitimarios o extraños, le comuniquen a los conmutados su decisión de conmutar su cuota legal, de un año a seis meses; hizo claro que el derecho de los legitimarios conmutados está protegido con la reserva del art. 806 del CC hasta que el mismo les sea compensado; y estableció soluciones sociales viables y concretas ante el impago del conmutante. En la Propuesta de Nuevo Código Civil para España, la nueva versión se incluyó como el art. 467.17, titulado «Del pago de la legítima de los parientes en línea recta», y quedó redactada en los siguientes términos: «1. La legítima debe satisfacerse en bienes relictos. No obstante, el causante puede autorizar al heredero o herederos para que de consuno procedan a su pago con efectivo extrahereditario, en cuyo caso la legítima devenga el interés legal desde la muerte de aquel. Deben ser respetados los legados de cosa específica y la asignación o distribución de bienes determinados ordenados a favor de los legitimarios por el causante. 2. La decisión de pago en metálico solo produce efectos si se comunica fehacientemente a los legitimarios en el plazo de seis meses desde la apertura de la sucesión. El pago se efectuará dentro del año siguiente a la comunicación, si bien el causante puede ampliarlo por otros cuatro años más cuando la autorización de abono en metálico la haya establecido a fin de preservar indivisa una explotación económica o para mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas. 3. Si el legitimario no está conforme con la liquidación de la legítima y rechaza el pago, el heredero puede proceder a su consignación. 4. Transcurrido el último plazo expresado en el apartado 2 sin que se haya efectuado el abono en metálico de la legítima el legitimario puede reclamar su pago o exigir que se reparta la herencia según las disposiciones generales sobre la partición. Todos los bienes relictos están entre tanto afectos a su satisfacción». ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, «Exposición de Motivos», en *Propuesta de Código Civil*, *op. cit.*, págs. 193; GALICIA AIZPURUA, G., «Título VI. De las Sucesiones, Capítulo VII. De las Legítimas y Otros Límites a la Libertad de Disposición por Causa de Muerte, Sección 1ª», en *Propuesta de Código Civil*, *op. cit.*, págs. 601 - 602; VV.AA., «Exposición de Motivos», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, *op. cit.*, págs. 23, «Artículo 467-17», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, *op. cit.*, pág. 95. En el caso de Puerto Rico, no aparecen normas similares a los arts. 841 al 847 del CC de España en su vigente Código Civil de 1930. Tampoco se incluyeron en el texto del proyecto del senado 1710 que se preparó en el 2016 con la intención fallida de aprobar un nuevo CC para Puerto Rico. Ni siquiera en el Sustitutivo de la Cámara al P. de la C. 1654 de 2019, intento más reciente y aún posible para autorizarlo. 31 L.P.R.A. (LEYES DE PUERTO RICO ANOTADAS) secs. 2361 - 2376, 2391 - 2400, 2411 - 2416, 2431 - 2436 (2016) (este último grupo de secciones que trataba sobre los derechos de los hijos ilegítimos fueron

## § 2

### REQUISITOS PARA QUE SE ACTIVE EL SUPUESTO GENERAL DE PAGO EN EFECTIVO DE LA LEGÍTIMA

#### A. Ámbito subjetivo

Para que sea aplicable el supuesto general de pago en metálico de los arts. 841 al 847 del CC es indispensable la presencia de tres tipos de personas. Uno que se encargará de conceder la opción de pago en dinero no hereditario, lo que puede ser decidido por el testador, el contador partidor testamentario expresamente autorizado por este o el contador partidor dativo, dependiendo de las circunstancias fácticas. Incluso, hay autores que opinan que, conforme al texto del nuevo art. 831 del CC, el cónyuge supérstite fiduciario está autorizado por el testador para ejercer las facultades de los arts. 841 y ss. del CC, aunque para evitar conflictos se entiende que es preferible que tal delegación esté expresamente dispuesta por el cónyuge fallecido en su testamento.<sup>706</sup> Otro que puede estar integrado por uno o varios<sup>707</sup> de los hijos o descendientes del causante, que será el que reciba la facultad de

---

derogadas por la Ley núm. 119 de 18 de octubre de 1994, aunque estas ya estaban inoperantes por una decisión del Tribunal Supremo de Puerto Rico: *Ocasio v. Díaz*, 88 D.P.R. 676 (1963); Sustitutivo de la Cámara al P. de la C. 1654 de 30 de enero de 2019, *supra.*; P. DEL S. 1710 de 25 de junio de 2016, *supra.*, GUZMÁN, R. A., *Código Civil de Puerto Rico*, *op. cit.*, págs. 128 - 134.

<sup>706</sup> GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los Actuales Artículos 831 y 1056.2 del Código Civil: Aplicaciones Prácticas ante el Sistema de Legítimas», *op. cit.*, pág. 135; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 459 y 486. Respecto al contenido del pasado art. 831 del CC, puede consultarse: LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 22.

<sup>707</sup> A esta conclusión llegamos al analizar el apartado primero del art. 841 del CC, en el que se hace alusión a que el testador podrá adjudicar todo su patrimonio hereditario o parte del mismo a «alguno» de sus descendientes legitimarios. La palabra «alguno» constituye un pronombre indefinido que puede significar «uno», «cualquiera» o «alguien». Implicando, entonces, que el testador puede atribuir sus bienes tanto a uno de sus hijos o descendientes como hasta más de uno de ellos, pero no a todos. Pues, si en el texto de la norma se hubiese utilizado el pronombre indeterminado «algunos», este beneficio tendría que ser recibido por más de uno de los hijos o descendientes del causante, pero, igualmente, no por todos los integrantes de este grupo familiar. Un enfoque similar, aunque con fundamentos un tanto diversos, asumió LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, págs. 488 - 489, al comentar: «Desde luego, puede el testador adjudicar los bienes a varios legitimarios, e instituir a unos en mayor cuota y a otros en menos, encargando al colectivo el pago de las legítimas en dinero a los no favorecidos con el caudal. Ciertamente, el art. 841 habla de *alguno*, y no de *algunos* hijos o descendientes, de donde cabría pensar que sólo *uno* puede ser heredero del caudal a trueque de pagar las restantes legítimas. Pero, aparte que, si así fuera, el precepto hubiera hablado de “uno de los hijos o descendientes”, convence sobre todo de lo contrario la génesis del precepto y la necesidad inicial a que pretende atender, a saber, evitar la concurrencia, sobre una misma masa de bienes, de hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Al causante se le confiere la oportunidad de dejar, por ejemplo, el conjunto de sus bienes a los tres hijos de su matrimonio, y desinteresar del caudal mediante el pago de su legítima en dinero al hijo adulterino. En este caso, como se ve, el caudal se asignará proindiviso a los tres descendientes legítimos, y serán éstos, colectivamente y con cargo a dicho caudal, quienes deban su legítima a su medio hermano (repito que dada la estricta neutralidad del precepto, cabe igualmente instituir al hijo adulterino y hacer que éste pague su legítima en dinero a los matrimoniales...)).»



conmutación de las legítimas de los demás.<sup>708</sup> Y una última clase, igualmente compuesta por los hijos o descendientes del fallecido, que serán los que deben recibir su porción hereditaria en efectivo extrahereditario.<sup>709</sup> De lo expuesto, resulta evidente que para lograr el propósito

---

Véase, además, su sugerencia en las págs. 489 y 490 y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., pág. 29 y nota 1.

<sup>708</sup> En la doctrina existe discrepancia en cuanto al título en el que se instituye al legitimario adjudicatario. Por un lado, se encuentran aquellos que consideran que se trata de una institución a título de heredero sujeta a la carga de compensar con metálico la cuota hereditaria de los legitimarios conmutados. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, op. cit., pág. 1532; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, op. cit., pág. 491; VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, op. cit., pág. 49; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, (dirs.) A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández, (coord.) P. De Pablo Contreras, Ed. Aranzadi, S. A., 2ª edición, Navarra, 2016, pág. 959; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, op. cit., págs. 128 y 129. Mientras, hay quienes opinan que los adjudicatarios de los bienes pueden ser instituidos como herederos o legatarios de parte alicuota. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 842 – 843», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 6251. En cambio, hay otros que piensan que se puede tratar de una institución a título de heredero o de legatario y que de ser de este último tipo, el pago en metálico tendría carácter obligatorio y no opcional. GARCÍAS DE ESPAÑA, E., op. cit., pág. 845. De todas estas perspectiva, nos parece que la más responsiva al texto del art. 841 del CC es aquella que plantea que el adjudicatario debe ser un heredero. Esto porque el mencionado precepto dispone que al legitimario conmutante se le pueden adjudicar, incluso, todos los bienes de la herencia. Aunque, en definitiva, es nuestro criterio que será la voluntad del testador la que definirá el título por el cual el adjudicatario será instituido.

<sup>709</sup> Igualmente, existe desacuerdo en la doctrina respecto al título por el cual se instituye a los legitimarios conmutados. Por un lado, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 842 – 843», op. cit., pág. 6251, opina que el conmutado es un legatario que se puede convertir en legatario de parte alicuota si los conmutantes optan por distribuir la herencia según la regla normal de partición. (Véase, además, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, op. cit., pág. 491). Por su parte, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, op. cit., pág. 1534, considera que el no adjudicatario puede ser instituido como heredero o como legatario por el testador. Ante tal creencia, opina que el hecho de que, eventualmente, el adjudicatario ejercite la opción de conmutación y que la cuota del conmutado sea pagada en metálico no implica que su título de heredero se convertirá en legatario. En fin, este autor piensa que la posición jurídica del conmutado es la de un legitimario que tiene derecho a intervenir en todos los actos dispositivos que se realicen, previo a la liquidación y pago de su legítima. (Véase, además, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», op. cit., pág. 959, que coincide en que se trata de una institución de heredero. Y a MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, op. cit., págs. 128 y 129, que es de la opinión de que el perceptor del metálico es un legatario, sin que el ejercicio, o no, de la facultad de conmutación por parte de los adjudicatarios pueda afectar su título sucesorio). En términos similares, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, op. cit., págs. 276 – 277, plantea que el título por el cual el testador instituyó en su testamento a sus hijos o descendientes legitimarios no se altera por la mera circunstancia de que los legitimarios adjudicatarios decidan ejercer la facultad de conmutación. Específicamente, este argumenta que: «... no parece que el heredero a quien se le “expropia” su participación en el activo ... resulte, a la postre, legatario. ... el hecho de que uno de los herederos perciba su parte en dinero que le abonan los demás no le convierte por eso en legatario. Piénsese en la hipótesis del art. 1062 y su posible aplicación a la hipótesis de que la herencia esté integrada en su totalidad por cosas indivisibles o que desmerezcan mucho con su división y que, además, sean heterogéneas». El TS se ha inclinado por la visión doctrinal que favorece el criterio de que el título del conmutado se altera cuando el adjudicatario hace uso de la facultad de conmutación. En sus propias expresiones, el más alto tribunal ha determinado que «... dicha autorización convierte al legitimario en un acreedor, que recibe la condición de legatario de crédito en la herencia donde esta posibilidad se ha establecido. Esta consecuencia es la que deriva de las normas que permiten esta conmutación. La configuración legal de la legítima en este caso impide la infracción del art. 841 CC, porque es la propia ley la que produce el cambio de naturaleza de la posición del legitimario en la herencia». STS núm. 524 de 18 de julio de 2012, *supra*. Por su parte, LÓPEZ BELTRÁN DE

de la norma contenida en los arts. 841 y ss. del CC es compulsoria la existencia de pluralidad de hijos o descendientes.<sup>710</sup> Tal planteamiento se hace patente a través del texto del art. 841 del CC, que lee: «El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios. También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador partidor dativo al que se refiere el art. 1057 CC».

Al analizar el término descendiente en el contexto del art. 841 del CC, un sector de la doctrina opina que la facultad de conmutación puede ser conferida por el testador a un nieto, aunque este no sea legitimario. Para sustentar su análisis, argumentan que si bien es cierto que en vida de su padre el nieto no es legitimario de su abuelo, este puede mejorarlo tanto en una parte como en la totalidad del tercio de mejora, que resulta ser el excedente de la legítima

---

HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., págs. 118 – 120, de un lado, plantea que no hay problema en que sea instituido como heredero aquel que percibe su cuota en metálico no hereditario. Mientras, de otro lado, manifiesta que todo dependerá del contexto fáctico que se suscite. Si el testador, al distribuir su caudal hereditario conforme los arts. 841 y ss. del CC, designó expresamente a los descendientes legitimarios adjudicatarios y a los perceptores del metálico extrahereditario, estos últimos no podrán considerarse herederos aunque los hubiera instituido como tal. Ya que, contrario al art. 661 del CC, no está sucediendo al testador en sus derechos y obligaciones. Es decir, fue excluido por el propio testador de participar en su patrimonio hereditario. Entonces, analizando a *sensu contrario* el art. 668 del CC, debe prevalecer la voluntad del testador sobre el uso equivocado del término heredero. Igual razonamiento aplica la autora para el caso de que el testador hubiera seleccionado explícitamente a los adjudicatarios de sus bienes y a los conmutados, pero nombrado a un contador partidor testamentario para que actúe de acuerdo a los arts. 841 y ss. del CC. Por el contrario, si es el testamentario el que elige a los conmutantes y a los conmutados, lo que para la autora resulta dudoso, tal elección no afectará el título asignado por el testador. Significa que si el causante instituyó como heredero al que el testamentario designó como perceptor del metálico, este mantendrá dicho título. Porque no fue el testador el que lo excluyó expresamente de su sucesión. En cambio, si implícitamente el testador designó a los adjudicatarios de su caudal relicto, en la medida en que los instituyó como herederos y se limitó a salvar las legítimas del resto, el contador partidor testamentario deberá hacer cumplir esa voluntad. De tratarse de un contador partidor dativo autorizado y no haber testamento, todos los hijos o descendientes legitimarios, reciban su cuota en bienes hereditarios o en dinero extrahereditario, serán considerados herederos del causante. Habiendo testamento, si el testador excluyó a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios de participar de sus bienes hereditarios, al disponer que su porción le fuera abonada en efectivo no hereditario, estos no se considerarán herederos. En todos los supuestos en que intervenga un contador partidor, sea testamentario o dativo, este no podrá modificar el título de atribución que el causante determinó para cada uno de sus beneficiarios en la herencia. Por nuestra parte, coincidimos con los que sostienen que el legitimario conmutado puede ser instituido como heredero por el testador. Igualmente, con el planteamiento de que el título otorgado por el testador no puede ser alterado por el ejercicio de la opción de conmutación. No obstante, opinamos que el conmutado, también, puede ser instituido, en vez de legatario, como un legatario de parte alícuota. Llegamos a esta conclusión por la referencia expresa del art. 841 del CC, en cuanto a que el adjudicatario debe abonar «... la porción hereditaria de los demás legitimarios». Además de la que se incluye en el art. 842 del CC que dispone que los legitimarios adjudicatarios están «...obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos...».

<sup>710</sup> BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, pág. 1169; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», op. cit., pág. 492 y «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», op. cit., pág. 117; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, op. cit., pág. 1527; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, op. cit., pág. 488.

larga en relación con la corta. Por tanto, si los nietos pueden recibir «...parte del contenido inicial de la legítima global larga», entonces, a pesar de no ser legitimarios deben ser incluidos dentro de los descendientes a los que alude el art. 841 del CC y ser instituidos por su abuelo como adjudicatarios de alguno o de todos sus bienes hereditarios, con la obligación de tener que abonar la porción o cuota hereditaria de sus tíos o descendientes legitimarios.<sup>711</sup>

Nos parece que el razonamiento anterior puede ser contrapuesto con otra argumentación igualmente válida, que es, precisamente, con la cual coincidimos. Del estudio del precepto, previamente mencionado, se puede concluir que los únicos que pueden ser adjudicatarios de alguno o todos los bienes del causante son sus hijos o descendientes

---

<sup>711</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 492, «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, pág. 117 y *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, págs. 572 – 573. Véase, además, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, págs. 90 - 91; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1527; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 135; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 952. La Audiencia Provincial de Madrid coincide con esta postura siempre que el testador imponga de forma clara y expresa que el nieto no legitimario tendrá la facultad de conmutación que está inmersa en el art. 841 del CC. SAP de Madrid, núm. 1070, de 16 de noviembre de 2004, Sección 10<sup>ma</sup>, (ROJ 14612/2004).

Destacar que en la década del 50, VALLET DE GOYTISOLO adoptó la tesis de GARCÍA GRANERO, a la que calificó como brillante, de que el tercio segundo de la herencia y la mejora no constituyen legítima en cuanto a los descendientes entre sí. Precisamente, basado en esta teoría hizo varias expresiones interesantes en diversos de sus escritos, tales como: «El tercio de mejora es legítima colectiva de los descendientes frente a los extraños, pero no es legítima con respecto a los descendientes entre sí. Ni siquiera es exacto decir que el segundo tercio, es legítima cuando no es mejora. Lo es siempre frente a extraños. No lo es nunca frente a descendientes. Una cosa es que el segundo tercio se reparta por partes iguales, como el primero, cuando el testador no haya dispuesto mejoras a su cuenta, y otro cuento es afirmar que por eso sea legítima, como el primero, incluso entre los descendientes. En realidad, no deja por eso de ser una parte disponible a favor de los descendientes de la que no ha dispuesto el causante». A efectos reiterativos, este autor expresó que «[l]a verdad es que el segundo tercio siempre es legítima *erga extraneis* y nunca lo es *intra liberis*, háyanse o no dispuesto mejoras a su cuenta, ya se atribuya desigualmente o bien se reparta con la legítima estricta por partes viriles. Del mismo modo que no se convierte en legítima el tercio libre por el hecho de atribuirse a los legitimarios o por no haberse dispuesto del mismo». VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Apuntes de Derecho Sucesorio III: Atribución de la Legítima por Actos Intervivos (Conclusión)», *op. cit.*, págs. 348 – 349 y nota 895. Véase, además, «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», *op. cit.*, págs. 21 – 25, esp. las págs. 23 – 24.

No obstante, parece que, treinta años después, este autor cambió su perspectiva y asumió la concepción de que la mejora es parte del contenido originario de la legítima larga. O, en términos similares, que la mejora es legítima. Nuevo enfoque que, consideramos, fue el que le llevó a concluir, precisamente, que los descendientes no legitimarios, conforme al art. 841 del CC, pueden ser adjudicatarios de la totalidad o parte del patrimonio hereditario del testador, a cambio de asumir la obligación de abonar la legítima de los conmutados en efectivo no hereditario. Recalcamos en que aparenta ser un cambio de criterio porque en 1982 este estudioso, además de establecer la mencionada apreciación sobre un aspecto del ámbito subjetivo del art. 841 del CC, vuelve a retomar opiniones más acordes con la visión de GARCÍA GRANERO, las cuales de aplicarse llevarían a concluir que los descendientes no legitimarios no pueden ser adjudicatarios de los bienes del causante, según esta norma especial de pago de la cuota en metálico extrahereditario. Nos referimos a la manifestación que realizó a los efectos de aclarar que la trasposición entre los términos «expreso» y «tácito» no se ve afectada por justificaciones equivocadas, como por ejemplo: «...que el tercio de mejora es legítima y ésta se mengua con la mejora (lo que es inexacto, pues el tercio de mejora sólo es legítima respecto de los extraños, pero es de libre disposición electivamente entre los descendientes, y si bien la mejora puede contrariar un interés de los demás legitimarios, no les lesiona derecho alguno)». VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, págs. 572 – 573 y 731 y «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 492.

legitimarios. Tal afirmación se confirma con la expresión que se incorpora en el art. 841 del CC que alude a que los adjudicatarios deberán pagar en metálico la porción «de los demás legitimarios». En ese sentido, si el adjudicatario descendiente no fuera legitimario no existiría coherencia con esta frase. Además, el art. 842 del CC conecta con el texto del art. 841 del CC, puesto que alude a la obligación que tienen los hijos o descendientes adjudicatarios de abonar en efectivo «la cuota hereditaria de sus hermanos». Esto implica que la conmutación solo es viable entre hijos o descendientes legitimarios, por virtud, estos últimos, del derecho de representación.<sup>712</sup>

No nos resulta persuasiva la afirmación de que el nieto a pesar de no ser legitimario, por aún vivir su padre o madre y no haber sido desheredado justamente o considerado indigno para heredar, puede ser adjudicatario de los bienes de su abuelo, conforme lo dispuesto en el art. 841 del CC, porque este puede asignarle toda la mejora o parte de esta, visualizada como integrante original de la legítima larga. De entrada, es necesario comentar que la mejora no se materializa, por ser solo potencial, si el testador decidió distribuir los 2/3 de su herencia, por partes iguales, entre sus hijos o descendientes legitimarios. De igual forma, una parte o la totalidad del segundo tercio del caudal relicto se convierte en mejora cuando el testador decide disponer del mismo para beneficiar a un hijo o descendiente en particular o varios de estos. Por lo que, la porción del tercio de mejora que no se asigne pasará a ser legítima larga. En ese sentido, el descendiente no legitimario al que se le confiere, en concepto de mejora, parte del tercio segundo de la herencia, no puede participar de la legítima larga o ampliada, precisamente, porque no es legitimario. Asimismo, si a este se le atribuye una mejora por la totalidad del tercio del mismo nombre, tampoco podrá ser partícipe de la legítima estricta, debido al hecho de que no es legitimario. Entonces, un

---

<sup>712</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, págs. 485, 488 y 489; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 841», *op. cit.*, pág. 6243; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *op. cit.*, pág. 579; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 29, 31 – 32 y 126; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 275. Sobre este particular, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1169 y 1170, muestra un análisis un tanto contradictorio porque si bien, por un lado, expresa y comparte la idea que señalamos en el texto de este trabajo, posteriormente afirma que «[l]os nietos, en vida de sus padres – luego, aun no siendo legitimarios-, han de considerarse incluidos dentro de la pluralidad de descendientes a que se refiere el precepto y, en consecuencia, pueden ser adjudicatarios de los bienes con la carga del pago en metálico o destinatarios de éste por la porción que les corresponda en el tercio de mejora». Luego, y al analizar el art. 842 del CC, este autor añade que: «Aunque el precepto se refiera literalmente al pago en metálico de la legítima de los hermanos, es claro que viene a completar el artículo precedente y que su ámbito subjetivo es el mismo, de manera que la decisión de no realizar el pago en metálico puede adoptarse cuando quienes hubiesen de recibir el pago en metálico sean sobrinos o, por supuesto, otros herederos, si se admite en caso de existencia de éstos la posibilidad contemplada por el 841». Véase, además, «Comentario al Artículo 842 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1171 – 1172.

abuelo solo puede beneficiar a un nieto, que no sea legitimario, en concepto de mejora, no de legítima. En el descendiente no legitimario no pueden converger la mejora y la legítima larga o estricta, según aplique. Esta situación solo es posible ante un hijo o descendiente legitimario mejorado. Significa que si el testador desea dejarle todos sus bienes hereditarios o parte de ellos a un descendiente no legitimario tendrá que recurrir a la aplicación de alguna de las otras normas que excepcionan el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, discutidas en los dos capítulos anteriores, es decir, a los arts. 829, 821 y 1056.2 del CC.

Justificamos lo argumentado en una tesis<sup>713</sup> que nos parece muy ingeniosa. A través de esta, no solo se argumenta que la mejora no es legítima, sino que, incluso, tampoco lo es el segundo tercio de la herencia o que, en todo caso, este no resulta serlo en términos principales ni exclusivos. Conforme a esa tesis, el tercio de mejora, que siempre se manifiesta porque es producto de la fuerza vinculante de la ley, existirá mientras viva el testador y este no haya dispuesto del mismo. Hasta que este fallezca, persistirá la esencia del segundo tercio de la herencia que no es otra que la posibilidad del causante de disponer del mismo, en concepto de mejora, para beneficiar a alguno de sus descendientes, sean o no legitimarios. Cuando el testador muera, el tercio de mejora dejará de existir para transformarse en legítima ampliada o mejora, dependiendo de si voluntariamente el causante optó o no por favorecer a ciertos descendientes en vez de a otros.<sup>714</sup>

Esto implica que el segundo tercio de la herencia tiene la potencialidad de convertirse en mejora o en legítima incrementada. En el caso de la mejora, su existencia dependerá de que sea detraída del tercio de mejora, para lo cual es necesario que el causante haya determinado que la totalidad o parte del mismo sea atribuido, en concepto de mejora, a uno o varios de los integrantes de su grupo familiar de descendientes. Acto dispositivo que, precisamente, constituye el fundamento institucional de la mejora. Por su parte, la legítima, como derecho, se entiende representada en el primer tercio del caudal relictivo. De ahí que su ampliación al segundo tercio del patrimonio hereditario solo se conciba como una expectativa que, inversamente, está supeditada a que el testador no hubiera ejercido sobre el mismo su facultad de mejorar a alguno de sus hijos o descendientes no legitimarios. Precisamente, en relación a esta posibilidad es que se considera que, a lo sumo, el tercio de mejora puede concebirse como una legítima condicional sujeta a la mencionada condición suspensiva. Exposición general que lleva a concluir que cada una de estas tres figuras

---

<sup>713</sup> GARCÍA GRANERO, J., «Estudio Dogmático sobre la Mejora y el Tercio de Mejora», en *R.D.P.*, Año XXXIII, núm. 391, Octubre – 1949, págs. 806 – 826.

<sup>714</sup> De ser aplicable la fiducia sucesoria del art. 831 del CC, la muerte del causante no eliminaría la posibilidad de que el segundo tercio de la herencia pueda atribuirse en concepto de mejora.

sucesorias son heterogéneas, por lo que cuentan con su propia esencia institucional y se rigen por su respectivo régimen jurídico.<sup>715</sup>

Con fundamentos diferentes, pero con las mismas conclusiones, se ha sugerido que es la ley la que asume la aparente contradicción que hay entre entender la mejora como parte de la legítima y que esta, a su vez, pueda dejarse a descendientes no legitimarios. Realidad que se entiende puede estimarse o como «...una excepción a favor de los que aun sin ser legitimarios son descendientes, o que la llamada parte de la legítima que es la mejora, aunque se la llama parte de aquélla no es tal en rigor o al menos es una parte a todos los efectos, menos en lo que toca a la especialidad de poder destinarse a no legitimarios...».<sup>716</sup> A lo que cierto estudioso añade que no se puede negar que la mejora procede de la legítima y que, por lo tanto, mientras forme parte de esta se regirá por sus principios. Tampoco que si hay mejora es porque hay legítima. Sin embargo, la mejora se transforma en un instituto jurídico nuevo y diferente cuando se separa de la legítima. Una figura jurídica independiente, con su propio gobierno y, por ende, regida por sus propias reglas.<sup>717</sup>

---

<sup>715</sup> Entre los argumentos que este autor utiliza para contradecir los pronunciamientos legislativos, contenidos en los arts. 808 y 823 del CC, a los que califica como «platónicos e intrascendentes», de que la mejora y el tercio del mismo nombre son legítima, se encuentran: (1) los arts. 806, 813, 815, 816, 819, 824 – 827, 829, 833, 851, 972 y 782, todos del CC, que en su consecuente desenvolvimiento normativo sugieren todo lo contrario; (2) la legítima se concibe como una porción legal indisponible para el testador, en cambio, este tiene potestad para disponer del tercio de mejora en beneficio de alguno de sus descendientes legitimarios o no; (3) solo se pueden beneficiar de la legítima los hijos y descendientes con derecho de representación, no obstante, al disfrute de la mejora pueden ser llamados los hijos y descendientes no legitimarios, sin importar el grado sucesorio en que se encuentren; (4) el único mecanismo para suprimir el derecho a la legítima es a través del mecanismo de la desheredación, sin embargo, en el caso de la mejora solo se requiere la voluntad del testador de no concederlas; (5) la legítima es una institución de derecho necesario y, en cambio, la mejora se rige por la autonomía de la voluntad; (6) mientras la legítima asume su carácter frente a todo tipo de personas, el tercio de mejora actúa como legítima frente a extraños, pero no respecto a los hijos y descendientes del causante; (7) como regla general a la legítima, por ser una institución de orden público, no se le puede gravar, establecer condiciones o privar de ella a los legitimarios, empero, sobre la mejora puede imponerse gravámenes siempre que sean en beneficio de los hijos o descendientes, con la salvedad del usufructo del cónyuge supérstite; (8) en la legítima, los legitimarios tienen derecho a una cuota individual, pero en la mejora, los potenciales beneficiarios solo tienen facultad para impugnar si el testador asignó el tercio de mejora a personas fuera de su grupo de hijos o descendientes. (Para conocer otros de los serios fundamentos utilizados por este estudioso para validar su tesis de que ni la mejora ni el segundo tercio de la herencia son legítima, puede revisarse: GARCÍA GRANERO, J., «Estudio Dogmático sobre la Mejora y el Tercio de Mejora», *op. cit.*, págs. 806 - 826). Véase, además, LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario, Crítico, Jurídico, Literal a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Tomo I, *op. cit.*, págs. 344 – 346; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo III, *op. cit.*, págs. 500 y 503.

<sup>716</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., «La Mejora del Nieto», en *A.C.*, núm. 36, 6 – 12 Octubre, 1997, pág. 938, nota 1.

<sup>717</sup> SCAEVOLA MUCIUS, Q., *Código Civil Comentado, Concordado Extensamente y Totalmente Revisado y Puesto al Día*, tomo XIV, *op. cit.*, págs. 517 y 522. En términos similares, ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *op. cit.*, pág. 75, elabora una argumentación muy interesante: «...estimamos que la mejora es hija de la legítima, nace del tercio de legítima larga, y como hija conserva su apellido, pero en sí misma es algo distinto de la legítima, sin dejar por ello de participar de su naturaleza. Por ello tiene una entidad propia. Cuando surge la mejora es ya mejora y no legítima, como la hija deja de estar dentro de la madre y cobra vida propia por sí misma. A partir de entonces está sometida a su propio régimen, dispuesto específicamente para tal institución

De todo lo señalado, se precisa recalcar que tanto el adjudicatario de alguno o todos los bienes relictos como el que debe recibir su cuota en metálico no hereditario tienen que ser hijos o descendientes legitimarios. Lo que significa que dentro del grupo de legitimarios, ya sea como conmutante o como conmutado, no puede incluirse ni al cónyuge viudo ni a los ascendientes.<sup>718</sup> Esta conclusión no solo se sostiene en los antecedentes inmediatos de la

---

en el Código Civil». Igualmente, provechosa y aclaratoria resulta ser la reflexión realizada por LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., pág. 32, cuyo contenido es el siguiente: «El tercio que se puede destinar a mejora se identifica con la legítima mientras no exista disposición en concepto de mejora. La mejora carece de sustantividad propia hasta que exista un acto dispositivo al cual se cualifique como tal mejora. Cuando se dispone de un tercio del caudal computable o parte de él, en concepto de mejora, entonces y sólo entonces la parte destinada a mejora deja de ser parte de la legítima, para convertirse precisamente en mejora, con las características a ella inherentes. Pero, cuando la mejora es mejora, no es legítima. El mejorado no es, por razón de mejora, legitimario. Puede ser un legitimario mejorado o un descendiente no legitimario mejorado».

<sup>718</sup> BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», op. cit., pág. 1170. Véase, además, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 841», op. cit., págs. 6244 y 6245; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, op. cit., págs. 89 y 91 - 94; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», op. cit., pág. 135; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, op. cit., pág. 485; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, op. cit., pág. 275; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», op. cit., pág. 952. Coincidiendo con lo expuesto, PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, volumen II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1417 - 1419 y 1424, comenta que es inadmisibles que el testador pueda conceder la facultad de conmutación a su cónyuge viudo, ya sea de forma exclusiva o en conjunto con alguno de sus hijos o descendientes legitimarios. Tampoco considera viable que el causante instituya como herederos a su cónyuge supérstite, dejándole una cuota en propiedad adicional a su legítima en usufructo o en sustitución de la misma, y a alguno de sus descendientes legitimarios, otorgándole solo a estos últimos la potestad de conmutar la porción hereditaria del resto de hijos o descendientes legitimarios. Según su parecer, la única manera en que esta situación sería posible es si el testador facultó, también, a los descendientes legitimarios para conmutar dicha cuota, sin perjuicio de que su usufructo viudal fuera conmutado conforme lo dispuesto en los arts. 839 y 840 del CC, según aplique. Igualmente, entiende inviable que al adjudicar sus bienes hereditarios a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios, el testador les faculte para que, conforme los arts. 841 y ss. del CC, no solo conmuten la porción del resto de descendientes legitimarios, sino también la legítima en usufructo del cónyuge viudo. Tal posibilidad no se contempla en dicha norma, por lo que la conmutación de los derechos del cónyuge supérstite se deberá continuar rigiendo por el art. 839 o el art. 840 del CC. De ahí que, ante la decisión del testador de distribuir sus bienes hereditarios según esta norma especial de abono de la cuota de ciertos descendientes legitimarios, este autor piense que sería admisible el supuesto en el que la participación del cónyuge supérstite en la herencia de su fenecido esposo sea de la legítima que le corresponde. Bajo este contexto, este sería usufructuario de una cuota del patrimonio hereditario y no cotitular dominical del mismo. Respecto al proceso de conmutación, el autor sugiere que sería de acuerdo al contenido de los arts. 839 u 840 del CC, que lo ejecutaría el hijo o descendiente legitimario adjudicatario y que debería hacerlo después que fuera firme la conmutación de los restantes descendientes legitimarios. Coincidimos en que la conmutación del derecho del cónyuge viudo debe hacerse conforme los arts. 839 u 840 del CC, pero, en cambio, pensamos que todos los hijos o descendientes legitimarios del causante deben participar de dicha determinación y que debe satisfacerse antes que la porción de los conmutados. Al considerar que hasta que este no sea abonado, gravará todos los bienes hereditarios, de los cuales son titulares tanto los conmutantes como los conmutados, mientras la cuota de estos últimos no sea satisfecha. Otras potenciales opciones de participación del cónyuge supérstite en una herencia distribuida bajo los arts. 841 al 847 del CC, sería que el testador le hubiera asignado un legado específico o atribuido bienes concretos en pago de su cuota legitimaria. No obstante, PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes del Código Civil», *ibid.*, págs. 1431 - 1432, aludiendo a DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudio...*, págs. 935 y ss., está en contra de que el régimen jurídico de los arts. 841 y ss. del CC no pueda aplicarse a los ascendientes, en caso de que el testador muera sin descendientes y sus padres estén vivos. Entre otras cosas, por entender que no permitirlo implicaría que las legítimas preferentes de los hijos y descendientes serían menos intangibles que las subsidiarias de los

norma estudiada, sino también en la clara expresión de su vigente texto, en la medida en que en los arts. 841 y 842 del CC se enfatiza que solo podrán ser conmutantes y conmutados los descendientes legitimarios del causante; que, según el art. 843 del CC, este grupo familiar será el que exclusivamente confirmará la partición y, por ende, el valor adjudicado a la porción hereditaria de los conmutados; y que el texto del art. 847 del CC solo provee los parámetros de la forma en que se deberá fijar la cantidad de efectivo no hereditario a la que únicamente tienen derecho los hijos o descendientes legitimarios no adjudicatarios. Igualmente, lo señalado se apoya en la naturaleza particular en que la legítima del cónyuge supérstite puede ser conmutada.<sup>719</sup> Por lo que, para que un testador pueda favorecer con sus bienes relictos a su cónyuge viudo o a uno de sus ascendientes respecto a otro, en vez de recurrir al mecanismo de pago en metálico de los arts. 841 y ss. del CC, tendrá que utilizar cualquiera de los siguientes artículos del CC: el 1056.1, el 821 o el 1056.2 del CC, últimas dos medidas que, como se ha estudiado en capítulos previos, vulneran la regla general de pago de la legítima en bienes de la herencia y sin gravamen. Otra opción factible podría ser la distribución de sus bienes mediante actos *inter vivos*, dejando clara su voluntad de que la

---

ascendientes. (Para conocer otros argumentos en los cuales este autor fundamenta su criterio, puede examinarse la referencia indicada). Véase, además, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 33 – 37, que fundamentándose, entre otras cosas, en el art. 4.1 del CC, sugiere que los arts. 841 y ss. del CC pueden aplicarse analógicamente a los ascendientes legitimarios, ante el caso de un testador soltero, hijo de padres divorciados o no casados entre sí, para evitar los potenciales conflictos que pueden surgir entre este grupo familiar, en un proceso ordinario de partición hereditaria. Según su parecer, existe coherencia entre el espíritu de esta norma extraordinaria y su aplicación analógica al supuesto de los ascendientes legitimarios no contemplado expresamente en la misma. Entiende que si tanto la legítima de los descendientes como la del cónyuge viudo puede abonarse en forma diversa a la regla general, bienes hereditarios o usufructo, respectivamente, debe ser posible también afectar la intangibilidad cualitativa de la porción legal de los ascendientes para prevenir presuntos conflictos entre personas con intereses contrapuestos. Razón similar a la que se persigue con los arts. 841 al 847 del CC, que es evitar controversias entre legitimarios descendientes. Argumentación a la que añade: «Pero la igualdad entre los hijos supone la igualdad jurídica de los padres, o ascendientes de ulterior grado, frente a sus hijos. Tal principio provoca la igualdad de todos los ascendientes en la sucesión de sus descendientes, de conformidad con las reglas que regulan la “sucesión forzosa”. Tales reglas no parecen justificar que el camino ahora abierto a los ascendientes, para ordenar la sucesión de sus descendientes, quede cerrado al descendiente, cuando desee utilizarlo al ordenar la “sucesión forzosa” de sus ascendientes». Por eso, su criterio de que la no inclusión de los ascendientes legitimarios en la aplicación de los arts. 841 y ss. del CC fue solo una «omisión involuntaria del legislador». (pág. 36). En una perspectiva similar, GARCÍAS DE ESPAÑA, E., *op. cit.*, pág. 843, sostiene que la no disposición de los ascendientes dentro de los arts. 841 al 847 del CC se debió al descuido legislativo, ya que tal desigualdad no se justifica. Otro que cuestiona la inaplicabilidad de la facultad de pago en metálico a la legítima de los ascendientes es: DELGADO ECHEVARRÍA, J., «La Reforma, en el Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 198.

<sup>719</sup> En caso de concurrir con hijos comunes, la legítima del cónyuge supérstite puede ser conmutada, a iniciativa de los hijos o descendientes legitimarios. Sobre este aspecto, el art. 839.1 del CC dispone: «Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial». Por otro lado, si el cónyuge viudo(a) concurre con hijos de su marido, este(a) podrá peticionar que su legítima en usufructo le sea conmutada. A tales efectos, el art. 840 del CC establece: «Cuando el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios». Véase, además, RDGRN núm. 4280 de 4 de abril de 2017, (RJ 2017/1406).



donación deberá colacionarse, de manera que el donatario termine abonando en metálico extrahereditario la porción de los demás legitimarios.

Tampoco favorecemos que el testador se beneficie de distribuir sus bienes hereditarios, conforme la norma excepcional del art. 841.1 del CC, si instituye heredero a un extraño en una parte de su caudal relicto o dispone a su favor un legado de parte alícuota. Este precepto, insistimos, solo se entiende aplicable entre hijos o descendientes legitimarios. Sobre este asunto, algún autor ha expresado:

«Por la negativa cabe aducir, además, que la obligación de pago de las legítimas en dinero, no tratándose de dinero relicto, cuando se impone a un grupo familiar titular del patrimonio hereditario y a cumplir a su costa, requiere unas decisiones colectivas en las que no podrían tomar parte los extraños. Y aunque este obstáculo se puede salvar alegando que el gravamen de la legítima de los excluidos del caudal puede localizarse dentro de los dos tercios del mismo correspondientes a los hijos, dejando libre al extraño la tercera parte o la que le haya atribuido el causante, se presenta otro, cual es la pendencia de la partición y su condicionamiento al pago efectivo de las legítimas, que no parece tener solución. No lo sería partir primero con el extraño y dejar luego los dos tercios (o la parte que corresponda) sujetos a las alternativas de los artículos 842 y 844, porque aun entonces los legitimarios que cobran en dinero, si optaban ellos (al no producirse el pago dentro del año) u optaba el hermano heredero por la partición del caudal, no habrían tomado parte en la partición previamente practicada con el extraño, contra su – entonces – evidente derecho».<sup>720</sup>

Compartiendo la premisa original de esta argumentación, otro estudioso<sup>721</sup> aclara que en el caso de que el causante haya adjudicado parte de su patrimonio relicto tanto a alguno de sus descendientes legitimarios como a un extraño, o le confiriese a este un legado de parte alícuota, el segundo deberá asumir las repercusiones de la decisión que tomen los primeros respecto a la forma de abonar la porción hereditaria del resto de legitimarios no adjudicatarios. Incluyendo que el heredero extraño deberá soportar la limitación o condicionamiento de que la partición, como regla general, esté sujeta a que se compense la porción a la que tienen derecho los conmutados.

Con una perspectiva claramente contraria y más radical, se argumenta<sup>722</sup> que el testador puede beneficiarse de los efectos de la aplicación del art. 841.1 del CC, aunque haya instituido herederos de sus bienes hereditarios a un extraño, o decidido concederle un legado de parte alícuota, junto a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios, facultando

<sup>720</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, págs. 489 – 490. Véase, además, a ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 952 y 954; GARCÍAS DE ESPAÑA, E., *op. cit.*, pág. 843, citando a DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, Ed. La Ley, Madrid, 1990, págs. 250 y ss.

<sup>721</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 275.

<sup>722</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 37 – 44.

únicamente a estos últimos para ejercer la opción de conmutar en metálico extrahereditario la porción de los no adjudicatarios. Ya sea que el causante hubiera realizado la partición de sus bienes, y en pago del legado de parte alícuota o de la cuota del extraño le hubiera atribuido bienes concretos que no exceden del tercio de libre disposición, o que, sin partir su patrimonio hereditario, hubiera dejado instrucciones para que al momento en que se efectuara la partición, el ajeno al círculo familiar recibiera bienes concretos hasta el máximo del tercer tercio de la herencia.

Respecto al primer supuesto y en cuanto al extraño, entiende que la partición está bien hecha, al no ser contraria a la porción legal de los legitimarios, y debe pasarse por ella. En cambio, considera que las adjudicaciones realizadas a alguno de los descendientes legitimarios no están legalmente completadas hasta que estos cumplan con abonar en dinero no hereditario la cuota de los demás legitimarios. Por lo que, se requerirá una nueva partición si los legitimarios adjudicatarios prefieren que los bienes hereditarios se distribuyan a través del mecanismo general de la partición o si aun escogiendo conmutar la porción de los no adjudicatarios, no les comunican a tiempo su determinación o no les efectúan el pago de su cuota dentro del plazo fijado. Ante este suceso, la estudiosa opina que solo serán objeto de esta nueva partición los bienes asignados a los hijos o descendientes adjudicatarios. No se deberán incluir las adjudicaciones realizadas por el testador al extraño por no ser inoficiosas, es decir, porque su valor no excede del tercio libre de la herencia.

En cuanto al segundo supuesto, la autora distingue entre la circunstancia en que el hijo o descendiente adjudicatario haya optado por realizar la partición normal o decidido ejercer la facultad de conmutación que le fue conferida. Mediante la alternativa inicial, el caudal relicto se repartirá según las normas generales, no existiendo contador partidor serán los propios herederos los que efectuarán la partición, y en el proceso intervendrán el heredero extraño, el cónyuge supérstite y todos los hijos o descendientes legitimarios, sean o no adjudicatarios. Con relación a la restante opción, se realizará una partición inicial que podría ser final si los legitimarios adjudicatarios cumplen con su obligación de abonar en efectivo no hereditario la cuota de los legitimarios conmutados. En esa primera partición intervendrá el heredero extraño y los legitimarios, estos últimos porque deberán dar su conformidad a la misma. De existir simultaneidad entre la denominada partición inicial y el pago de la porción de los legitimarios conmutados, la autora piensa que esta será definitiva y no se afectará el derecho del heredero extraño ni tampoco el de todos los legitimarios. Opina, además, que si al dar su conformidad a la partición inicial, los legitimarios conmutados avalan la asignación de los bienes efectuada a favor del extraño, estos quedarán vinculados por tal aceptación.

Significa que si los legitimarios adjudicatarios incumplen con pagar en metálico extrahereditario la cuota de los legitimarios no adjudicatarios, se realizará una segunda partición, exclusivamente, con los bienes adjudicados inicialmente a los primeros porque esas adjudicaciones estaban subordinadas a dicho pago. Por el contrario, si la aprobación a la partición inicial se limitó a la cuantía de dinero extrahereditario que percibirán en abono de su cuota, reservándose el derecho a cobrar su porción, conforme a las reglas generales del CC, si los conmutantes incumplen con el pago, entonces, la segunda partición, de activarse, abarcará toda la herencia, incluyendo los bienes adjudicados al heredero extraño en la primera partición.

No obstante, de acuerdo a la estudiosa, se deberá considerar provisional la primera partición, si entre esta y el pago a los conmutados no existe simultaneidad. Lo que implica que el heredero extraño mantendrá, por el plazo de un año, una provisional titularidad exclusiva sobre los bienes que le fueron atribuidos en la partición inicial. Es decir, una titularidad exclusiva, aunque resoluble. Evidencia de que, de alguna forma, el derecho del heredero extraño se ha mezclado con el proceso de abono de las legítimas. Realidad que, según la autora, también, se hace patente en el contenido del art. 28 de la LH de 1946, precepto que impide que el heredero extraño enajene a un tercero, dentro del término de dos años a partir de la muerte del testador, los bienes inmuebles adjudicados e inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad. Hasta que transcurra dicho período, que es similar al término que en el art. 844 del CC se concede a los legitimarios adjudicatarios para que le paguen su cuota a los legitimarios conmutados, los potenciales terceros adquirentes no estarán protegidos por la fe pública registral.<sup>723</sup>

De las dos marcadas tendencias, nos inclinamos, principalmente, por la primera. Pensamos que la norma especial de pago de la porción hereditaria de los descendientes legitimarios no puede aplicarse si el testador instituye a un extraño como heredero de parte o la totalidad de sus bienes. Tal proceder será inadmisibile en cualquiera de los siguientes contextos: (1) si este fue instituido junto con alguno de los hijos o descendientes legitimarios del causante, y solo a estos les otorga la facultad de conmutar la cuota de los demás descendientes legitimarios; (2) si la facultad de conmutación fue concedida a ambas partes; (3) si dicha potestad le fue asignada exclusivamente al extraño.

Esta apreciación la fundamentamos en varias consideraciones. Primero, la literalidad de la norma, en concreto de los arts. 841 y 842 del CC, sugiere claramente que solo alguno de

---

<sup>723</sup> Para mayores detalles sobre los fundamentos en que esta autora valida su argumentación, puede revisarse: LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., págs. 40 – 44.

los hijos o descendientes legitimarios del causante serán los sujetos beneficiarios de todo o parte del patrimonio hereditario y que en contraposición a estos estará el derecho de los restantes descendientes legitimarios que deberán percibir su cuota en metálico extrahereditario. Esta contraposición de sujetos del mismo grupo familiar del testador se hacía evidente, incluso, desde los antecedentes legislativos de esta norma. Segundo, en términos literales y relativos a la aplicabilidad de la norma, es preciso puntualizar que son dos las circunstancias que posibilitan que se otorgue la facultad de conmutación: (1) pertenecer al círculo familiar de descendientes legitimarios y (2) ser cotitular de los bienes hereditarios. Precisamente, al ejercicio y correcto cumplimiento de esta potestad estará sujeta la atribución de los bienes hereditarios.

Es insostenible ser beneficiario de la totalidad o parte del caudal relicto sin asumir la responsabilidad de abonar en efectivo no hereditario la porción de los descendientes legitimarios no conmutados, junto con todo el resto de deberes derivados que establece la regulación, ya sea porque el testador no confirió la facultad de conmutación o porque a pesar de haber sido concedida, la misma fue ejercida por otro beneficiario de los bienes de la herencia. Todo porque esta situación propiciaría un enriquecimiento injusto a su favor.

Ello implica que si el testador desea distribuir sus bienes hereditarios conforme el art. 841 y ss. del CC, al extraño solo lo podrá beneficiar con alguno de sus bienes a través de un legado de cosa específica, de una institución *ex re certa* o de una disposición particional mediante la cual le adjudique bienes determinados y concretos en pago de una cuota hereditaria. Todos supuestos que provocan que el extraño quede excluido del proceso de conmutación y que están expresamente permitidos por los arts. 845 y 846 del CC. Por el contrario, si la intención del testador es designar a un extraño como heredero de sus bienes o de parte de ellos, entonces, no podrá hacer uso del art. 841 y ss. del CC y se verá precisado a recurrir a cualquiera de los siguientes preceptos: (1) el art. 1056.2 del CC, imponiéndole la obligación de pagar en metálico extrahereditario la legítima de los demás interesados; (2) el art. 821 del CC, si se tratara del único bien de la herencia; o (3) el art. 1056.1 del CC.<sup>724</sup> Incluso, podría beneficiarlo a través de atribuciones *inter vivos*, con la clara salvedad de que estas deberán imputarse al tercio de libre disposición y si resultan inoficiosas tendrán que ser reducidas, con el efecto práctico de tener que asumir el abonar en dinero no hereditario el exceso de lo percibido a los legitimarios.

---

<sup>724</sup> Véase: PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, págs. 1409 – 1417 y 1424, que, además de otras aportaciones interesantes, sugiere que otro supuesto en el que el testador puede utilizar los arts. 841 al 847 del CC a la vez de darle participación a un extraño en la herencia, aunque reconoce que no está contemplado en dicho precepto, puede ser cuando le asigna una cuota hereditaria, facultando a los descendientes legitimarios adjudicatarios a conmutar, también, la misma.

En definitiva, al ser el art. 841 del CC una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima su aplicación no puede hacerse extensiva a un ámbito subjetivo que no ha sido considerado por el legislador, en clara referencia al cónyuge, los ascendientes o a un extraño en general. La norma solo permite que tanto los adjudicatarios de los bienes de la herencia como los no adjudicatarios sean hijos o descendientes legitimarios. Excederse de tal ámbito implicaría vulnerar el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, que manda a que esta sea pagada en bienes hereditarios. Igualmente, sería una actuación contraria no solo con los parámetros que se establecen en el art. 3.1 del CC<sup>725</sup> para interpretar las normas, sino, también, con el contenido del apartado segundo del art. 4 del CC que, en lo pertinente, dispone: «[l]as leyes [...] excepcionales [...] no se aplicarán a supuestos [...] distintos de los comprendidos expresamente en ellas».<sup>726</sup>

Por otro lado, se ha generado en la doctrina un debate interesante respecto a si la facultad u opción de conmutación que se le confiere al legitimario adjudicatario puede o no ser objeto de transmisión *inter vivos* y *mortis causa* y sobre qué personas recaería. Es el parecer de algunos autores que la transmisión de esta facultad debe darse en beneficio de los legitimarios descendientes. Se entiende que esta apreciación concuerda mejor con el espíritu de la norma.<sup>727</sup> Contrariamente, otro autor opina que, por virtud del art. 1006 del CC, la facultad de conmutación no ejercida por el legitimario adjudicatario, antes de su

---

<sup>725</sup> «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

<sup>726</sup> Destacar que existe una clara diferencia entre lo que significa una regla general y una norma excepcional. La primera constituye un mandato que es acorde con los principios generales del Derecho, y en nuestro caso del Civil. Mientras, la segunda es una excepción a la norma general y, por lo mismo, se opone a ella. Resulta ser una desviación de los principios generales del ordenamiento, razón por la que no puede adecuarse a ninguno de estos. Su propósito es regular una situación concreta especial, estableciendo consecuencias distintas a las que proveerían los principios generales. Por ello, no puede aplicarse por analogía, que resulta ser el medio técnico o científico que se utiliza cuando se pretende aplicar un principio general a un supuesto que no se previó, precisamente, en la norma excepcional. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil* [Recurso electrónico], Tomo I: Parte General, Ed. Edersa, Madrid, 2004, págs. 2 – 3, <https://app.vlex.com/#vid/214598>, última consulta el 27 de marzo de 2019; ROCA TRÍAS, E., «Artículo 4 del CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [Recurso electrónico], Tomo I, Vol. I, dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1991, págs. 21 – 23, <https://app.vlex.com/#ES/vid/229627>, última consulta el 27 de marzo de 2019; LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil I: Parte General*, Vol. I, Ed. Dykinson, 5ª edición, revisada y puesta al día por J. Delgado Echevarría, Madrid, 2012, págs. 105 – 110.

<sup>727</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, pág. 95. Véase, además, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1170.

fallecimiento, puede ser transmitida por este a todos sus herederos, sin la necesidad de que estos resulten ser sus descendientes legitimarios.<sup>728</sup>

De las dos posturas doctrinales, nos resulta más convincente la primera porque consideramos que el uso que la segunda hace del art. 1006 del CC, en ánimo de justificar su teoría, no es coherente con la finalidad del mismo. En concreto, al llamado a convertirse en sucesor del causante se le ofrece la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia de este, a través del derecho de delación o *ius delationis*. Este llamamiento efectivo puede ser transmitido por su titular a sus propios herederos. A esta facultad se le conoce como el derecho de transmisión (*ius transmissionis*) y se deriva del art. 1006 del CC que dispone que «[p]or muerte del heredero sin aceptar o repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía». El supuesto de esta norma se viabiliza cuando un individuo que ha sido llamado a la herencia de otra persona muere antes de haber ejercitado el *ius delationis*, es decir, sin aceptar o repudiar dicho llamamiento. Ante ello, el precepto permite que los herederos del segundo fallecido puedan decidir si quieren aceptar o repudiar la herencia del primer causante. Para tener esta posibilidad, estos deberán, primero, aceptar la herencia del segundo causante, pues como parte de esta se encuentra el derecho a poder optar por aceptar o repudiar la herencia del primer fallecido. Esto implica que mediante el art. 1006 del CC lo que se persigue es que el derecho que tenía el heredero llamado a aceptar o repudiar la herencia, pero que no pudo llegar a ejercer, le sea transmitido a todos sus herederos, sin ninguna distinción. De manera que si los herederos del segundo causante ejercitan el derecho de delación para aceptar la herencia del primer fallecido, estos se convertirán, también, en sucesores de este último.<sup>729</sup>

Tal supuesto no está presente en el art. 842 del CC. Esto debido a que se distingue claramente una circunstancia previa a la decisión de optar o no por utilizar la facultad de conmutar la legítima. Es decir, antes de tomar la determinación de aceptar la alternativa de

---

<sup>728</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 841», *op. cit.*, pág. 6244. Aunque para LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 491, la facultad de conmutación era personalísima, consideraba que ante la muerte del descendiente legitimario facultado, tal potestad podía transmitirse a sus herederos y no a sus sucesores a título particular. Por su parte, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 952, no cree que la potestad de pagar en dinero tenga carácter personalísimo, razón en la que justifica que esta pueda ser ejercitada por «...los herederos del llamado o del heredero, así como por los adquirentes de su cuota». Finalmente, PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, págs. 1422 – 1423, pensaba que el hijo o descendiente adjudicatario podía transmitir a un extraño su cuota junto con la facultad de conmutación que le correspondía.

<sup>729</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, págs. 29 - 30; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V...*, *op. cit.*, págs. 47 - 52; SERRANO ALONSO, E. y SERRANO GÓMEZ, E., *Manual de Derecho Civil Curso V-Plan Bolonia Derecho de Sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 5ª edición, Madrid, 2014, págs. 32 - 34.

abonar con dinero la porción hereditaria de los demás, el legitimario adjudicatario debió haber aceptado la herencia. Esta aceptación, incluso, se podría haber dado de manera presunta como resultado del ejercicio mismo, favorable o no, de la facultad de conmutación, que resulta ser un acto dispositivo. Entonces, si ya se aceptó la herencia, no se puede plantear que la opción de compensar en efectivo la cuota hereditaria se transmite a todos los herederos del legitimario adjudicatario, por virtud del derecho de transmisión contenido en el art. 1006 del CC. Si ya el adjudicatario ejerció su *ius delationis*, pero falleció antes de ejercer la facultad de conmutar las legítimas del resto de los hijos y descendientes legitimarios del causante, entonces, esta opción debe ser heredada por sus propios descendientes legitimarios. De esta manera, se es más coherente con la intención legislativa de los arts. 841 y ss. del CC, que es una excepción legal al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, cuya finalidad es que el caudal relicto permanezca en el grupo de hijos o descendientes legitimarios que deseaba el testador.

## B. Ámbito objetivo

Un sector de la doctrina considera que, al contrario de los artículos discutidos en los precedentes capítulos, la aplicación de la norma contenida en los arts. 841 y ss. del CC no está sujeta a un supuesto concreto y objetivo, como, por ejemplo, que el bien sea indivisible o de difícil división.<sup>730</sup> Se entiende que este supuesto general de pago de la legítima en metálico, incluso, puede realizarse ante una «...pluralidad de bienes sin conexión alguna».<sup>731</sup> Dado que el objetivo de tales preceptos es facilitar y permitir que el testador pueda distribuir su herencia en la forma que mejor entienda conveniente. Para lo cual, igual que en los arts. 821, 829, 1056.2 y 1062, se permite, e incluso se presupone, que el dinero para pagar la legítima del legitimario no adjudicatario sea extrahereditario.<sup>732</sup> El TS ha favorecido esta posición al afirmar que: «[e]l heredero o contador partidario autorizado para pagar las legítimas en dinero, puede hacerlo con dinero no hereditario. Es evidente que cuando el testador ha

---

<sup>730</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, pág. 118; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 97 – 98; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1170; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 134 – 135; GARCÍAS DE ESPAÑA, E., *op. cit.*, pág. 839; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 44 y 46 – 47; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 950.

<sup>731</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 493 y «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, pág. 118.

<sup>732</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 493; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1170; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 135.

previsto la posibilidad de conmutación, ha tenido presente un interés más general que el pago de las correspondientes legítimas, como ocurre, por ejemplo, en el supuesto del art. 1056 CC».<sup>733</sup>

Otros autores, en cambio, opinan que la aplicación de la normativa contenida en los arts. 841 y ss. del CC debe estar supeditada a la presencia de elementos objetivos, por constituir esta una característica esencial del sistema legitimario del Código Civil. Alguno sugiere que la identificación de los elementos objetivos de los arts. 841 al 847 del CC debe hacerse en concordancia con los supuestos contenidos en los arts. 821, 829 y 1056.2 del CC. En base a tal creencia, se manifiesta que «...el patrimonio adjudicado ex art. 841 ha de ser, pues indivisible o debe, dividido, desmerecer, en su totalidad, en una gran parte del mismo, o, al menos, en las partes física o funcionalmente homogéneas que se puedan individualizar en él, único caso en el que es admisible que el testador adjudique el patrimonio relicto por partes, iguales o desiguales, y las atribuya indivisas a los adjudicatarios de los bienes hereditarios».<sup>734</sup>

Sin embargo, es el criterio de otro autor<sup>735</sup> que el ámbito objetivo de los arts. 841 al 847 de CC puede consistir o en que los bienes adjudicados son de difícil o imposible división o en la primacía de la filiación matrimonial sobre la extramatrimonial. La presencia de uno u otro de estos criterios objetivos dependerá de la clase de filiación, matrimonial, extramatrimonial o la concurrencia de hijos matrimoniales y no matrimoniales, que confluya a la sucesión. En concreto, si todos los hijos son matrimoniales o extramatrimoniales, la indivisión de los bienes será el elemento objetivo que justificará la facultad de conmutación. En cambio, si a la herencia concurren hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la definición del criterio objetivo aplicable se hará considerando qué clase de hijos son adjudicatarios y cuáles son conmutados. De manera que si todos los hijos matrimoniales son adjudicatarios, la preeminencia de la familia matrimonial será el elemento objetivo que debe estar presente. Si, por el contrario, el título de adjudicatarios se le asigna a todos los hijos extramatrimoniales, la indivisibilidad de los bienes deberá ser el criterio objetivo aplicable. Distintamente, si los bienes solo se atribuyen a alguno de los descendientes matrimoniales, entonces, respecto a los conmutados no matrimoniales se utilizará el elemento objetivo de la primacía de la familia matrimonial. Mientras, ante conmutados matrimoniales la indivisión de los bienes es

---

<sup>733</sup> STS núm. 524 de 18 de julio de 2012, *supra*.

<sup>734</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, págs. 41 – 45, esp. la pág. 43.

<sup>735</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, págs. 1019 - 1021.



el criterio objetivo a considerar. Dicho elemento debe, también, estar presente ante el supuesto de que los bienes sean adjudicados a alguno de los hijos extramatrimoniales. Finalmente, si los bienes se distribuyen entre alguno de los hijos matrimoniales y alguno de los extramatrimoniales, el elemento objetivo aplicable se determinará de la siguiente manera: (1) si los adjudicatarios y conmutados son hijos matrimoniales, la indivisión de los bienes será el criterio necesario; (2) si los adjudicatarios son los descendientes matrimoniales y los conmutados son los no matrimoniales, entonces, la conmutación deberá fundamentarse en la preeminencia de la familia matrimonial; (3) si los adjudicatarios son los hijos extramatrimoniales y los conmutados resultan ser tanto matrimoniales como no matrimoniales, la indivisibilidad de los bienes será el factor a considerar.

De estos enfoques doctrinales nos resulta más convincente aquel que indica que la adjudicación de los bienes a alguno de los hijos o descendientes, a cambio de que abone en efectivo la porción hereditaria de los demás legitimarios, no está sujeta a la existencia de algún elemento objetivo. Son varios los motivos para que pensemos así. Primero, si el legislador español hubiera querido integrar dentro del supuesto general de pago en dinero de la legítima a aquellos que son concretos, entonces hubiera procedido a derogar los artículos en los que estos se regulan. Con ello se evitaría no solo confusión sino normativas duplicadas. Segundo, la norma estudiada no incluye, como parte de sus requisitos, la exigencia de que el bien o los bienes adjudicados por el testador deban ser indivisibles o de imposible división. Tercero, la eficacia de los supuestos concretos de pago en metálico extrahereditario de la legítima no está atada al cumplimiento de requisitos, mientras, el general si está sujeto a la consecución de varios requerimientos que inciden en las garantías conferidas al legitimario conmutado.<sup>736</sup> Cuarto, la postura que propone la primacía de la familia matrimonial sobre la extramatrimonial como uno de los posibles criterios objetivos aplicables a la norma de los arts. 841 y ss. del CC, es contraria al principio de igualdad entre filiaciones de la Constitución de España de 1978, arts. 14 y 39, que fue el propósito por el que se aprobó la reforma del Código Civil de 1981. En definitiva, la CE de 1978 deja claro que todos los hijos son iguales ante la ley.

### **C. Ámbito formal**

Para que sea posible organizar y distribuir la herencia conforme a la regla establecida en los arts. 841 y ss. del CC, es necesario que el causante haya otorgado un testamento en el que hubiera dispuesto la adjudicación de todos o algunos de sus bienes hereditarios en

---

<sup>736</sup> Requerimientos que serán discutidos en el apartado D de esta sección.

beneficio de alguno de sus hijos o descendientes legitimarios, a cambio de que se asuma la carga de pagar en metálico extrahereditario la porción correspondiente al resto de estos.<sup>737</sup> El testador podrá seleccionar no solo a los legitimarios que serán adjudicatarios de los bienes, sino que, también, podrá definir cómo se distribuirán los mismos entre ellos. Si bien esta distribución será provisional, pues dependerá de que los conmutantes decidan ejercer la facultad de conmutación.<sup>738</sup> Lo que no podrá hacer el testador es valorar los bienes a efectos de definir la cuota que debe pagarse al legitimario conmutado, por entenderse que la norma del art. 841 del CC no implica una partición definitiva con eficacia inmediata.<sup>739</sup> La propia normativa, específicamente el art. 847 del CC, dispone que el acto de valoración de los bienes es posterior a la muerte del testador y, más concretamente, que se efectúa en el momento en que las cuotas hereditarias se van a liquidar.

Otra posibilidad sería que el testador, en su testamento, le confiriera al contador partidario testamentario nombrado la autorización expresa para realizar tal tarea.<sup>740</sup> Como el contador partidario solo tiene facultades distributivas, para que este pueda ejercer funciones dispositivas, como sería el pago de la legítima en efectivo no hereditario, entonces, el testador debe concederle expresamente esa autorización, de forma que la misma pueda ser viable y ejecutable.<sup>741</sup> Realidad que no solo se desprende de la literalidad del apartado primero del art. 841 del CC sino que, además, se evidencia del texto del art. 80.2 (b) del RH de 1947. Mediante este último precepto se requiere que para la inscripción de las adjudicaciones efectuadas por el contador partidario testamentario, conforme los arts. 1057.1 y 841 del CC, se acompañe tanto la escritura pública que otorgó para atribuir los bienes hereditarios a alguno de los hijos o descendientes legitimarios del causante y fijar la cuantía de los derechos de los demás legitimarios, como el testamento que le concedió el ejercicio de tal potestad.

---

<sup>737</sup> Art. 841.1 del CC.

<sup>738</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, op. cit., pág. 129.

<sup>739</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, op. cit., págs. 128 y 129.

<sup>740</sup> Autorización expresa que no implica una obligación, pues el contador partidario puede repartir los bienes relictos a través de las reglas generales de la partición, por entender que es lo más conveniente. Siempre que del testamento no surja que es imperativa y vinculante la autorización para adjudicar todos o parte del patrimonio hereditario a ciertos hijos o descendientes legitimarios, con la facultad de abonar en dinero los derechos del resto de conmutados, o que se lo impida alguno de los beneficiados con el caudal. LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, op. cit., pág. 488; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., págs. 48.

<sup>741</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M<sup>a</sup>, op. cit., pág. 1022; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., págs. 48, 49 y 51. Véase, además, RDGRN núm. 4280 de 4 de abril de 2017, *supra*.

Respecto al modo en que el testador debe formular esa autorización al contador partidor del art. 1057.1 del CC, de manera que esta resulte practicable, se destaca que puede hacerlo de forma expresa, ya sea mencionando numéricamente el precepto, copiando exactamente su contenido o parafraseando su texto, sin importar que las palabras usadas sean inexactas o inadecuadas, siempre que su interpretación desvele la intención del testador de autorizarlo para actuar de acuerdo al supuesto contenido en el art. 841 del CC. No bastará que haya sido designado para ejercer la función de contador partidor. Tampoco será suficiente que el causante lo haya facultado para adjudicar la explotación económica, conforme el art. 1056.2 del CC, o para que asignara un bien indivisible, o que desmerezca mucho si se divide, según se dispone en el art. 1062 del CC, a uno de los interesados en la sucesión.<sup>742</sup>

Además, se considera que para que resulte válida la autorización al contador partidor, «...el testador debe asignar al descendiente o a los descendientes adjudicatarios, ya sea nominativamente o bien señalando las circunstancias determinantes – como las de: ser el hijo varón mayor en edad, casado y con hijos; ser la hija que conviva con el cónyuge viudo; el hijo o hija que lleve tal negocio mercantil, fabril o agrícola, o que ejerza tal profesión, o que resida en determinado lugar, etcétera; que el elegido deberá reunir, y que el contador partidor deberá discernir y juzgar».<sup>743</sup> Similar consideración, también, resulta aplicable para la

---

<sup>742</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 493 y «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, pág. 118. Véase, además, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1523; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 49; RDGRN núm. 1022 de 11 de enero de 2018, *supra.*; RDGRN núm. 8561 de 18 de julio de 2016, (RJ 2016/4601).

<sup>743</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 498, apoyando su criterio en la STS de 31 de enero de 1899 y en la Resolución de 23 de julio de 1925. Véase, además, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1524; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 130; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 50 - 53. Aunque, hay una doctrina minoritaria, dentro de la cual se encuentra DÍEZ PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS y DÍAZ SOLER, que se inclina por pensar que el contador partidor, al cual el testador le concedió la facultad del art. 841 del CC, puede designar tanto al o los adjudicatario(s) de los bienes como a los perceptores del dinero. Esto, siempre y cuando el causante no hubiera dispuesto lo contrario. GARCÍAS DE ESPAÑA, E., *op. cit.*, pág. 840, citando a DÍAZ SOLER, A., «El Contador Partidor Testamentario», Ed. Lijusal, Madrid, 1996, págs. 233 y ss. Dentro de este grupo doctrinal minoritario se encuentra, también, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 277, que sobre este asunto argumenta lo siguiente: «El art. 841 coloca en el mismo plano al testador y al contador-partidor en este punto con la única – e importante – diferencia de que la potestad de conceder la facultad de conmutar sólo la ostenta al [sic] segundo si expresamente se la ha concedido el primero. No tendría sentido, por otra parte, que el contador – partidor dativo pudiera, como indudablemente puede, elegir a los titulares de la facultad de conmutar y el contador testamentario no». Igualmente, PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, págs. 1424 y 1425 – 1427, opina que dentro del ámbito permitido al contador partidor testamentario del art. 1057.1 del CC se encuentra el poder elegir los hijos o descendientes del causante que recibirán sus bienes relictos y la facultad de conmutación y aquellos que serán los perceptores del metálico. Es su criterio que esta acción no es contraria al art. 830 del CC, que prohíbe que se delegue a otra persona la facultad de mejorar, porque el supuesto del art. 841 y ss. del CC no implica una mejora. Y que tampoco violenta la prohibición del art. 670 del CC, que se refiere a la imposibilidad de que se

designación de los hijos o descendientes, a los cuales se les pagará su porción hereditaria en metálico.<sup>744</sup> El fundamento es que al tratarse de una facultad que se aleja del régimen imperativo del Código Civil, por ser contraria a la norma dispuesta en el art. 670, que tiene que ver con la prohibición del testamento por comisario al ser un acto personalísimo, y el art. 830, que prohíbe delegar en otra persona la facultad de mejorar, con excepción del caso de la fiducia sucesoria del art. 831 del CC, esta debe ser interpretada restrictivamente.<sup>745</sup> Está claro que ni el testador puede delegar en el contador partidor la función de elegir a los destinatarios de los bienes, ni estos pueden realizar por sí mismos tal elección.<sup>746</sup> Por lo cual, la autorización expresa que, conforme al art. 841 del CC, se le confiere al contador partidor testamentario, también aplicable al dativo, se debe limitar a la valoración y formalización de la adjudicación de los bienes, según lo ordenado por el testador.<sup>747</sup>

De igual forma, puede recaer en el contador partidor dativo la responsabilidad de atribuir todos o parte de los bienes hereditarios, junto con la facultad de conmutar, a alguno de los hijos o descendientes legitimarios del causante. Somos partidarios de la teoría de que esta tarea puede serle asignada por virtud de un testamento o aun sin este. No se trata de que esta potestad le es dada al dativo, simplemente, *ex lege*, sino que su adquisición está necesariamente supeditada a una autorización expresa, provenga esta del propio testador o del Secretario Judicial (ahora llamado Letrado de la Administración de Justicia)<sup>748</sup> o el Notario, estas dos últimas modalidades de autorizaciones, por motivación de las propuestas sometidas por los herederos y legatarios que sumen el 50% o más del caudal hereditario.

---

delegue la facultad para: (1) hacer testamento, (2) realizar instituciones de herederos o legatarios, (3) decidir la subsistencia de las instituciones realizadas y (4) asignarle cuota o cuantías a las atribuciones realizadas por cualquier título. Véase, además, SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, págs. 1022 – 1023 y nota 99.

<sup>744</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 140; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 50 -53; GARCÍAS DE ESPAÑA, E., *op. cit.*, pág. 841.

<sup>745</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 499.

<sup>746</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 131; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 841», *op. cit.*, pág. 6247.

<sup>747</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 497. Véase, también, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1170; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 136; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 140 – 141; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 48 y 53.

<sup>748</sup> Véase: Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 174, Sección I, de 22 de julio de 2015; Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985, última modificación el 28 de octubre de 2015.

Para comprender cómo y qué requisitos deben satisfacerse para que el ámbito del art. 841 del CC le sea extensivo al contador partidor dativo, es preciso efectuar un estudio combinado de los apartados uno y dos del art. 841 del CC y, a su vez, analizar este precepto de forma integral con el art. 1057.2 del CC. Reflexionar sobre estas normas, no solo tomando en consideración que el art. 841 y ss. del CC promueven una manera especial de abonar la legítima o la porción hereditaria de los descendientes legitimarios, sino sopesando, además, que la finalidad de la institución jurídica del dativo no es otra que desbloquear los conflictos que suelen originarse en una partición convencional, que requiere el cumplimiento del principio de unanimidad, para evitar que los miembros de la comunidad hereditaria tengan que acudir a un contencioso jurisdiccional para poder repartir el patrimonio hereditario.<sup>749</sup> Máxime cuando esta figura jurídica, incorporada en el art. 1057.2 del CC, fue creada en el mismo estatuto que le dio vigencia a esta norma general y extraordinaria de los arts. 841 y ss. del CC y el legislador optó por relacionarla con su aplicación, aun sabiendo que un contador dativo puede ser nombrado habiendo o no un testamento, siempre que no se haya designado uno testamentario. Por último, es preciso incorporar el art. 80.2 (b) del RH de 1947 al análisis de los arts. 841 y 1057.2, de manera que se cuente con todos los elementos de juicio necesarios para, con una visión completa, poder entender cómo, bajo qué requisitos, y en qué circunstancias específicas la institución jurídica del contador partidor dativo encaja como parte de la modalidad excepcional de pago en efectivo no hereditario de los derechos de alguno de los hijos o descendientes legitimarios del causante.

En el segundo párrafo del art. 841 del CC se establece que la posibilidad de conceder la facultad de conmutación<sup>750</sup>, bajo «...el mismo supuesto del párrafo anterior», le corresponderá también al contador partidor dativo del art. 1057.2 del CC. Al examinar el primer párrafo de este precepto se observa que el supuesto al que alude reúne cuatro componentes característicos: (1) un testador o contador partidor testamentario autorizado expresamente por este, (2) que podrá adjudicar el patrimonio hereditario, (3) a alguno de los

---

<sup>749</sup> Véase: ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., «El Contador Partidor dativo. Nota sobre su Origen, Finalidad, Naturaleza, Funciones y Procedimiento», *op. cit.*, págs. 413 y 414; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Contador Partidor Dativo: Algunas Claves sobre su Escaso Arraigo Práctico y sobre su Regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *A.D.C.*, tomo LXX, núm. 1, 2017, pág. 7; Arts. 1058 y 1059 del CC y la RDGRN núm. 10165 de 13 de julio de 2015, (RJ 2015/4038), como ejemplo de la necesidad de que se cumpla con el consentimiento unánime de los herederos y legatarios de parte alícuota para la validez del negocio jurídico de la partición convencional.

<sup>750</sup> Realmente, el texto del art. 841.2 del CC, impropriamente, se refiere a «la facultad de pago en metálico» que le corresponderá al contador partidor dativo. Expresión que es desacertada porque solo ciertos hijos o descendientes legitimarios del testador pueden optar por abonar la porción hereditaria de los demás legitimarios en metálico extrahereditario. La autoridad del testador, contador partidor testamentario y el dativo tiene que ver con poder atribuirle a los adjudicatarios legitimarios la totalidad o parte de los bienes relicto más concederles la facultad de conmutar.

descendientes legitimarios del causante, (4) a cambio de que abonen en efectivo no hereditario los derechos del resto de legitimarios. De la conexión de ambos apartados podría lógicamente deducirse que la exigencia de autorización explícita debe hacerse extensiva al contador partidador dativo para que pueda ejercitar la potestad de adjudicar, integra o parcialmente, el caudal relicto del causante y otorgar la facultad de pago en metálico. Incluso, inferirse que puede ser el testador el que en su testamento le confiera esa autorización al dativo. Más aún, si se considera que al contador partidador testamentario se le requiere una autorización expresa del testador para poder actuar conforme el art. 841.1 del CC.

El texto del art. 1057.2 del CC, analizado conjuntamente con el art. 841 del CC, no solo corrobora lo mencionado, sino que hace factible que el dativo, además, ante la ausencia de un testamento, pueda realizar las adjudicaciones especiales que regula esta norma excepcional de pago en metálico de la cuota hereditaria. Siempre que se cumpla con los requisitos de este precepto, que, en lo pertinente, dispone: «[n]o habiendo testamento, contador – partidador en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial [ahora denominado Letrado de la Administración de Justicia] o el Notario [antes, solo el Juez], a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidador dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado [antes, aludía solo a la Ley de Enjuiciamiento Civil] establecen para la designación de Peritos».<sup>751</sup> Esta apreciación no resulta contraria a la exigencia del art. 841 del CC, pues el requisito de la existencia de una autorización expresa para que el dativo ejerza la autoridad que la norma prevé, se cumple con la autorización que dicta el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, motivados por la solicitud de los herederos y legatarios que agrupan el 50% o más del patrimonio hereditario y las manifestaciones de los demás interesados. Además de que es coherente con la naturaleza de la figura jurídica del contador partidador, en general, y del

---

<sup>751</sup> El art. 1057 del CC fue modificado por la Disposición Final Primera, núm. Noventa, de la Ley 15/2015, 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *op. cit.* En el grupo de personas legitimadas para instar una acción para que se nombre un contador partidador dativo, un sector de la doctrina, con el que coincidimos, opina que no debe incluirse a los herederos de cosa cierta y a los legatarios que no lo sean de parte alícuota, al no participar de una cuota del caudal hereditario. En cambio, ante una herencia distribuida según el supuesto de los arts. 841 al 847 del CC, sí podrían solicitar su designación los hijos o descendientes legitimarios del causante, sean adjudicatarios o perceptores del metálico, porque, hasta el pago en efectivo de la cuota de los conmutados, todos continúan siendo cotitulares del patrimonio hereditario. Véase: LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 155; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 136; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Contador Partidador Dativo: Algunas Claves sobre su Escaso Arraigo Práctico y sobre su Regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *op. cit.*, págs. 25 – 34, esp. págs. 25 – 28 y 32.

dativo, en particular, que busca resolver problemas originados entre las partes interesadas en la distribución de los bienes relictos, para poder alcanzar una partición viable.

La letra del art. 80.2 (b) del RH de 1947, interpretada en relación con los arts. 841 y 1057.2 del CC, termina por confirmar que es necesario que exista una autorización expresa para que al contador partidor dativo se le confiera el ejercicio de la especial facultad prevista en el art. 841.2 del CC.<sup>752</sup> En concreto, este precepto del RH de 1947 establece que la inscripción de los bienes hereditarios adjudicados por el contador partidor a alguno de los hijos o descendientes legitimarios del testador, conforme las normas de los arts. 841 al 847 del CC y 1057 del CC, se realizará considerando el «...testamento del causante, [...] la escritura pública otorgada por aquél en que se contenga la adjudicación con fijación de la cuantía de los haberes de los legitimarios y en su caso, del documento público acreditativo de haberse conferido al contador dativo tal facultad».

La exigencia de que se aporte el testamento, vista en relación con los otros documentos exigidos, puede ser para que el Registrador de la Propiedad verifique si el testador le concedió al dativo la mencionada autoridad del art. 841.2 del CC a través de este medio y que este la haya ejercido según las disposiciones testamentarias, es decir, respetando la determinación del causante de las personas adjudicatarias de los bienes hereditarios y de aquellas que serían perceptores del metálico y realizando la evaluación y distribución de los bienes, la valoración de las porciones que se pagarán en efectivo no hereditario y la formalización de las adjudicaciones. Y, a su vez, corroborar que la facultad no le hubiera sido conferida, originariamente, a un contador partidor testamentario y de haber sido así, asegurarse de que su nombramiento caducó o se tornó ineficaz por cualquier causa. Solo, si la potestad de adjudicación extraordinaria no le fue provista al dativo mediante testamento, se deberá aportar un documento público que acredite que la misma le fue concedida. Documento público, realizado como resultado de la proposición de los herederos o legatarios que reúnen al menos el 50% del caudal relictos, en el que constará la autorización del Letrado de la Administración de Justicia o del Notario para el nombramiento del dativo y su ejercicio conforme el art. 841.2 del CC.

---

<sup>752</sup> Con la idea de ofrecer mayor claridad sobre este asunto y resolver defectos técnicos, «cuya envergadura pudiera ser tan palmaria o disfuncional como para imposibilitar la labor del más esforzado intérprete», el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso presentó una proposición de ley para que se modificaran ciertos artículos del CC, entre los que se encontraba el apartado segundo del art. 841 del CC. La redacción propuesta fue la siguiente: «[s]iempre que haya sido expresamente facultado para ello, podrá también practicar tales adjudicaciones y ordenar los correspondientes pagos en metálico, el contador partidor dativo a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil». BOCG, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 20 de septiembre de 1985, Núm. 110-I, págs. 442 y 444.

Como pudimos notar, el armónico examen de los arts. 841 y 1057.2 del CC muestra no solo las tres formas de nombramiento de un contador partidor dativo, inexistencia de testamento, existencia de testamento, sin nombramiento de contador partidor testamentario o, que esté vacante el cargo de contador partidor testamentario, sino también las circunstancias que deben producirse para que este pueda actuar conforme los parámetros del art. 841 del CC. Es decir, para que el dativo resulte investido con la facultad regulada en el art. 841.2 del CC. Al examinar cada una de estas modalidades de nombramientos en relación con el supuesto del art. 841 y ss. del CC, un sector de la doctrina entendió que solo en una sucesión testada se le podría delegar al contador partidor dativo la potestad del art. 841.2 del CC. Mientras, otros opinaron que tal autoridad podría serle conferida al dativo tanto en una sucesión testada como intestada. De estas dos tesis, y coherentemente con lo argumentado previamente, nosotros favorecemos la segunda.

Mayoritariamente, la doctrina coincide en que el contador partidor dativo estará investido de la facultad que contempla el art. 841.2 del CC, si el testador, en su testamento, aun sin designar un contador partidor testamentario, previó su nombramiento para que, claramente, hiciera uso de esta. Igualmente, lo estará si las propias disposiciones testamentarias requieren que se efectúe tal designación para dar cumplimiento a esta normativa. De no darse ninguno de estos supuestos, el dativo estará impedido de conceder la facultad de conmutación y de realizar adjudicaciones extraordinarias a favor de alguno de los hijos o descendientes legitimarios del testador.<sup>753</sup>

En cambio, no hay criterios uniformes en la doctrina en cuanto al nombramiento de un contador partidor dativo ante la vacante de uno testamentario. Por un lado, se opina que la autoridad del dativo para actuar conforme al art. 841 del CC solo dependerá de que la misma

---

<sup>753</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 499 - 500. Véase, además, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1171; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 139 y 140; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, págs. 1428 - 1429. De las dos opciones sugeridas por VALLET DE GOYTISOLO, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 53 - 58, esp. las págs. 55 y 57, se adhiere a la segunda porque piensa que es casi imposible que el testador, sin haber nombrado un contador partidor de su confianza, prevea la designación de un contador partidor dativo, asignándole, a su vez, la posibilidad de conceder la facultad de pago en metálico a cambio de las adjudicaciones excesivas. Su criterio es que la autorización expresa al dativo para que actúe conforme al art. 841 del CC, puede justificarse en el hecho de que del testamento no se infiere que el testador estaba opuesto a que los derechos de alguno de sus descendientes legitimarios fueran abonados en efectivo extrahereditario. En cambio, SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M<sup>a</sup>, *op. cit.*, pág. 1023, no está de acuerdo con VALLET DE GOYTISOLO en cuanto a que el testador puede autorizar expresamente al contador partidor dativo para que confiera la facultad de conmutación a algunos de sus hijos o descendientes, si en su testamento previó este tipo de nombramiento. Es su opinión que esta autorización solo puede ser concedida por el Juez [hoy día, el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario], al momento del nombramiento del contador dativo y siempre por instancia de los peticionarios, herederos y legatarios, que reúnan por los menos el 50% del patrimonio hereditario.



le hubiera sido, originalmente, delegada al contador partidor testamentario por el testador.<sup>754</sup> Mientras, por otro lado, se plantea que para que el dativo sea investido con la facultad del art. 841 del CC no será suficiente que el testador le hubiera concedido dicha autoridad al contador partidor testamentario, cuyo cargo quedó vacante. Bajo este supuesto, se considera que siempre será necesario que el testador hubiera contemplado la posibilidad del nombramiento del dativo y le hubiera autorizado expresamente para que distribuyera los bienes hereditarios de acuerdo al art. 841 del CC. Todo porque la designación del contador partidor por el testador se concibe realizada con carácter «*intuitu personae*».<sup>755</sup>

Sobre este asunto, además, se ha llegado a argumentar que no se trata de que al dativo se le transfiriera automáticamente la autorización expresa que el testador le otorgó al contador partidor testamentario de su confianza, sino que esta debe provenir del Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, como resultado de las propuestas presentadas por los herederos o legatarios que tienen un interés igual o superior al 50% del valor del caudal relicto. Alternativa que no podría cuestionarse porque el acto del testador de autorizar expresamente al contador partidor testamentario bajo el art. 841 del CC constituye evidencia suficiente para concluir que el causante no se oponía a que la cuota de alguno de sus hijos o descendientes legitimarios se pagara en efectivo no hereditario.<sup>756</sup>

Incluso, con un enfoque más amplio, se ha planteado que al dativo suplente se le puede investir con las facultades extraordinarias del art. 841 del CC, aunque el testador no hubiera autorizado expresamente al testamentario, cuyo puesto quedó vacante, para actuar según los términos de dicha norma. En este marco fáctico, igualmente, sería el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia, a iniciativa y por las proposiciones y manifestaciones de las partes interesadas, el que autorizaría expresamente al contador partidor dativo a proceder conforme el art. 841 del CC. Se piensa que este mecanismo no se puede impedir bajo el planteamiento de que si el testador no le concedió la facultad del art. 841 del CC al propio contador partidor que nombró, era porque no deseaba que su patrimonio hereditario se distribuyera de acuerdo a esta norma. Ya que se considera que dicha omisión podría ser producto de su ignorancia. El ejercicio de esta contingencia solo se visualizaría como

---

<sup>754</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 500.

<sup>755</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, pág. 1429, nota 86. Véase, además, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1171, «Aspectos Sustantivos de las Operaciones Particionales de la Herencia», *op. cit.*, pág. 428; RDGRN de 8 de mayo de 1999, (RJ 1999/3255). y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 140.

<sup>756</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 53 – 58, esp. la pág. 57.

improcedente, si las disposiciones testamentarias imposibilitan la aplicación de esta forma especial de adjudicar los bienes hereditarios del causante.<sup>757</sup>

Las mayores discrepancias en la doctrina están relacionadas con la cuestión de si el dativo puede asumir la facultad prevista en el art. 841 del CC, a pesar de que no exista testamento. Un sector de la doctrina opina que ante la inexistencia de testamento, el nombramiento del contador partidor dativo puede ser el resultado de un proceso, ante el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia, iniciado por herederos y legatarios que representen, como mínimo, el 50% del caudal relicto.<sup>758</sup> Bajo tal suceso, este solo tendrá la facultad provista por el art. 841 del CC si surge expresamente de la propia diligencia judicial o de la autorización notarial mediante escritura pública, cuyo contenido está influido por las propuestas de los herederos y las expresiones de los interesados que comparecieron en cualquiera de los procesos señalados.<sup>759</sup>

Distintamente, otros autores son del criterio de que ante la ausencia de un testamento el contador partidor dativo no podrá adquirir y utilizar la facultad que contempla el art. 841.2 del CC. Ya que entienden que el supuesto general de pago en metálico, contenido en los arts. 841 al 847 del CC, no es aplicable en el caso de una sucesión intestada.<sup>760</sup> Apoyan su tesis, por un lado, en la hermenéutica que le adscriben a la frase del art. 841.2 del CC que alude a que el contador partidor dativo<sup>761</sup> tendrá «...la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior». Para ellos, esta expresión sugiere que, de una forma u otra, será el testador el que con su autorización expresa de inicio al proceso de conmutación y a las

---

<sup>757</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 53 – 58, esp. las págs. 57 - 58.

<sup>758</sup> Tal nombramiento, también, podría ser producto de un acuerdo entre los coherederos.

<sup>759</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 499; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1525; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 53 – 58, esp. la pág. 57; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 841», *op. cit.*, pág. 6247, al entender, precisamente, que el art. 1057.2 regula la figura jurídica del contador partidor dativo, como una de sus circunstancias, para cuando no haya testamento. (Todos en referencia al contenido del anterior art. 1057.2, que aludía al proceso judicial ante un Juez).

<sup>760</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 124, 137 – 139 y 140; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, págs. 1429 - 1430. Véase, además, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1171; GARCÍAS DE ESPAÑA, E., *op. cit.*, pág. 841, citando a LLEDÓ YAGÜE, F., *Derecho de Sucesiones*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, págs. 198 y ss.

<sup>761</sup> Para conocer más sobre esta figura jurídica, puede consultarse: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Contador Partidor Dativo: Algunas Claves sobre su Escaso Arraigo Práctico y sobre su Regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *op. cit.*, págs. 5 – 78; ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., «El Contador Partidor dativo. Nota sobre su Origen, Finalidad, Naturaleza, Funciones y Procedimiento», *op. cit.*, págs. 405 - 431.

correlativas adjudicaciones de los bienes relictos. De ahí que consideren necesario que, igual que en el caso del contador partidor testamentario, el testador tenga que autorizar expresamente al dativo en su testamento para que pueda actuar según previsto en el art. 841 del CC.

Interpretación que entienden se confirma con la justificación de la enmienda número 45<sup>762</sup> que el Grupo Parlamentario Centrista (UCD) en el Senado propuso, a través de su portavoz Francisco Villodres García, para modificar el texto del art. 842, inicialmente aprobado por el Pleno del Congreso<sup>763</sup>, que resulta ser el antecedente legislativo del actual art. 841.2 del CC. Ya que, según su parecer, esta enmienda sirvió de inspiración al vigente art. 841.2 del CC, considerando que su texto es prácticamente idéntico, excepto, esencialmente, porque al convertirse el art. 842 en el segundo párrafo del art. 841, se cambió la frase «artículo anterior» por «párrafo anterior». Concretamente, a través de esta se pretendía: (1) eliminar la distinción entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales y (2) establecer que el contador partidor dativo también requiere de la autorización del testador para ejercer la facultad del art. 841.2 del CC.<sup>764</sup>

Por otro lado, a pesar de reconocer que el art. 80.2 (b) del RH, en específico su frase «... y, en su caso, el documento público acreditativo de haberse conferido al contador dativo tal facultad», es un argumento sólido en contra de su criterio, tratan de soslayar esta realidad aludiendo a la exigencia de este precepto de que se deberá someter el testamento del causante como parte de los documentos necesarios para poder inscribir las adjudicaciones de bienes hereditarios realizadas conforme al art. 844 del CC y practicadas por el contador partidor, fuera testamentario o dativo. Ante esto, argumentan que quienes solicitan la designación del

---

<sup>762</sup> «También corresponderá la facultad de pago en metálico, en el mismo supuesto del artículo anterior, al contador partidor dativo a que se refiere el art. 1.057 de este Código». B.O.C.G., Senado, Enmiendas, I Legislatura, Sección II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (c), *supra.*, pág. 55.

<sup>763</sup> «También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto de concurrencia de hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos al contador partidor dativo a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil». B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Aprobación por el Congreso, I Legislatura, Serie A: Proyecto de Ley, Núm. 71-III, *supra.*, pág. 348/117; B.O.C.G., Senado, Texto Remitido por el Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (a), *supra.*, pág. 29; B.O.C.G., Senado, Enmiendas Aprobadas por el Senado, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (f), *supra.*, pág. 280.

<sup>764</sup> En concreto, como justificación de la enmienda 45 se estableció: «El tenor del proyecto parece dejar abierta la posibilidad de que cuando el contador-partidor sea dativo, pueda ejercer la facultad de pago en metálico sin existir autorización del testador a tal efecto. La redacción propuesta en esta enmienda cierra el camino a esta eventual interpretación, a la vez que elimina la distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales». B.O.C.G., Senado, Enmiendas, I Legislatura, Sección II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (c), *supra.*, pág. 55.

contador partidor dativo no cuentan con la autoridad para solicitar al Notario o al Letrado de la Administración de Justicia que autoricen expresamente a este para que ejercite la facultad que se contempla en el art. 841.2 del CC. Consideran que el supuesto general de pago en metálico de la legítima solo tiene aplicabilidad en la sucesión testada. En todo caso, arguyen que el «documento público» que requiere el art. 80.2 (b) del RH de 1947 debe contar, para su efectividad, con el consentimiento unánime de los hijos o descendientes que pueden verse afectados con la conmutación.<sup>765</sup>

A nuestro juicio, el contador dativo podrá hacer uso de la facultad del art. 841 del CC si el testador le atribuyó explícitamente la misma al prever su nombramiento. También, si la designación para ejercer tal potestad la exigen las propias disposiciones testamentarias. Por ejemplo, que se conceda la facultad de conmutación a alguno de los hijos o descendientes legitimarios y estos, a su vez, le deleguen al dativo las facultades liquidatorias propias de un proceso de conmutación.<sup>766</sup> Además, ante la vacante del contador testamentario, al que el testador le otorgó, o no, expresamente dicha autoridad. Si el causante se la concedió, tal proceder es indicativo de que era su interés que sus bienes relictos fueran atribuidos a ciertos hijos o descendientes legitimarios y que los derechos del resto se abonaran en efectivo no hereditario. Por tanto, esa autorización explícita dirigida al testamentario se hace extensiva al dativo en la medida en que así se da cumplimiento a la finalidad perseguida por el testador. Lo que restaría sería que los herederos y legatarios que agrupen el 50% del haber hereditario soliciten el nombramiento del dativo y el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario dicte una autorización validando tal designación.

Por el contrario, si el testador omitió concederle al contador partidor testamentario la facultad del art. 841 del CC, creemos que por instancia presentada por los herederos y legatarios que tengan el 50% o más del caudal relicto, el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario podría autorizar al dativo para que actúe conforme dicho precepto. Más que sostener esta posibilidad en el argumento de que la omisión del testador se debe a su desconocimiento de que podía distribuir sus bienes hereditarios mediante el supuesto general de pago en metálico de la legítima, razonamiento que podría ser válido si se tratara de un testamento ológrafo o cerrado, pero que resultaría cuestionable si es un testamento abierto que se otorga ante un notario, que es un funcionario público y profesional del Derecho<sup>767</sup> que

---

<sup>765</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, págs. 1428 y 1430.

<sup>766</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 140.

tiene el deber de asesorar, pensamos que un planteamiento jurídico más sólido sería afirmar que ante la vacante del contador testamentario, los hijos o descendientes legitimarios del causante tienen la potestad de partir el caudal relicto de la forma que les resulte más conveniente.<sup>768</sup>

Igualmente, consideramos posible que el contador partidor dativo adquiriera la autoridad del art. 841 del CC, de efectuar adjudicaciones extraordinarias y conceder la facultad de pago en metálico, ante el supuesto de una sucesión intestada. No nos persuade el argumento de que el texto de la enmienda 45, presentada por el Grupo Parlamentario UCD en el Senado, influyó en el texto del vigente art. 841.2 del CC y que, por lo tanto, a este deben hacerle extensiva su justificación. Primero, esta enmienda no fue aceptada por el pleno del Senado que prefirió la enmienda 119, también sometida por UCD, que proponía un texto con un contenido nada relacionado con el que el Congreso, inicialmente, había aprobado para el art. 842, actualmente el art. 841.2 del CC.<sup>769</sup>

Segundo, cuando el Congreso discutió dicha enmienda se percató de que los textos de ambos arts. 842 contenían materias autónomas y diferenciadas, por lo cual entendió que implícitamente el Senado había propuesto una enmienda de supresión para el art. 842 que ellos habían redactado. En esta deliberación, el diputado José Antonio Escartín Ipiéns comentó la finalidad del texto del art. 842, actual art. 841.2 del CC, aprobado originalmente en el Congreso, que no se alcanzaría si se aceptaba la propuesta del Senado. En concreto, expresó «El artículo 842 del texto del Congreso pretendía, sin embargo, cubrir la laguna de aquellos supuestos en que el testador no hubiera ordenado este pago en metálico o tampoco hubiera nombrado un albacea o un contador partidor y entonces ese albacea o contador partidor, según el Congreso, podría hacerlo».<sup>770</sup> Implica que el Congreso había vislumbrado la posibilidad de que el contador partidor dativo pudiera ejercitar la facultad del vigente apartado segundo del art. 841 del CC, aunque la autorización para actuar conforme tal precepto no la hubiera previsto el testador. Creemos que esa finalidad no desapareció con la nueva redacción que el Congreso le dio al art. 842 y su final incorporación como el párrafo

---

<sup>767</sup> Véase los artículos 1 y 10 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, BOE núm. 149, 29 de mayo de 1862, págs. 6 y 7, última modificación el 3 de julio de 2015.

<sup>768</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, op. cit., pág. 140.

<sup>769</sup> B.O.C.G., Senado, Informe de la Ponencia, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (d), *supra.*, pág. 139; B.O.C.G., Senado, Enmiendas, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (c), *supra.*, págs. 55 y 101 – 102.

<sup>770</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria Núm. 163, *supra.*, pág. 10015.

segundo del art. 841 del CC.<sup>771</sup> Su texto permaneció prácticamente igual al original del art. 842, con la obvia eliminación de la referencia a la «...concurrencia de hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos...» porque ya no tenía sentido mantenerla al aceptar el Congreso la enmienda que el Senado propuso al art. 841 del CC y que constituye actualmente el texto de este precepto.<sup>772</sup>

Tercero, debe prevalecer una interpretación sistemática e integral de los arts. 841. (1) (2) y el art. 1057.2 del CC para descifrar con certeza qué propósito perseguía el legislador cuando decidió relacionar la aplicación de ambos preceptos. Para nosotros, esa intención era viabilizar la aplicación del supuesto general de pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes legitimarios a través, también, de la figura del contador partidor dativo, ya fuera este autorizado por el testador o el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, en consideración a las propuestas de los herederos o legatarios que tuvieran al menos el 50 por ciento del haber hereditario. Todo con la idea de facilitar y hacer menos conflictivo el proceso de partición hereditaria, a la vez que se logran evitar los juicios interminables y controvertibles de testamentaria.<sup>773</sup>

Tampoco nos convence el planteamiento de que el requerimiento del art. 80.2 (b) del RH de 1947 de que, como parte de los documentos justificantes, se presente el testamento del causante para poder inscribir los bienes hereditarios repartidos por el contador partidor, sea testamentario o dativo, conforme los arts. 841 al 847 del CC, es evidencia de que el supuesto general de pago en metálico de la legítima no es extensivo al campo de la sucesión intestada. Como señalamos previamente, esta exigencia de que se someta el testamento cumple varias

---

<sup>771</sup> Cuando el art. 842 del Congreso pasó a ser el vigente art. 841.2 del CC, el art. 842 propuesto por el Senado se convirtió en el texto definitivo del art. 842 del CC. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 163, *supra.*, págs. 10015 – 10016; B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Aprobación Definitiva por el Congreso, I Legislatura, Serie A: Proyecto de Ley, Núm. 71-IV, *supra.*, pág. 348/153.

<sup>772</sup> B.O.C.G., Senado, Enmiendas Aprobadas por el Senado, Serie II: Proyectos y Propositiones de ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (f), 8 de abril de 1981, pág. 280; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 163, *supra.*, pág. 10016; B.O.C.G., Senado, Texto Remitido por el Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (a), *supra.*, pág. 29; B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Aprobación por el Congreso, I Legislatura, Serie A: Proyecto de Ley, Núm. 71-III, *supra.*, pág. 348/117; B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Aprobación Definitiva por el Congreso, I Legislatura, Serie A: Proyecto de Ley, Núm. 71-IV, *supra.*, pág. 348/153.

<sup>773</sup> Otro argumento que, aunque no lo compartimos porque la discriminación entre hermanos matrimoniales y extramatrimoniales se suprimió de los arts. 841 al 847 del CC, podría servir para contradecir la tesis de que el contador dativo solo puede adquirir la facultad del art. 841.2 del CC si está expresamente autorizado por el testador es el siguiente: «Da la impresión de que la reforma del artículo 1.057, con la creación del contador-partidor dativo, no es, en la mente de los autores, sino un rodeo para proporcionar a los hijos matrimoniales la oportunidad de pagar en dinero la legítima de los extramatrimoniales con sujeción a ciertas garantías de imparcialidad». DELGADO ECHEVARRÍA, J., «La Reforma, en el Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 197.

funciones principales, tales como: (1) verificar si la facultad del art. 841 del CC le fue delegada a un contador partidor testamentario, ante lo cual no cabe el nombramiento de uno dativo; (2) servir de documento público acreditativo de que el testador anticipó el nombramiento de un contador partidor dativo, concediéndole la potestad del art. 841 del CC; (3) corroborar que el contador partidor cumplió con las disposiciones testamentarias relacionadas con el supuesto del art. 841 y ss. del CC, en el caso de que el nombramiento del dativo y el ejercicio de la facultad del art. 841.2 fuera el resultado obligado de estas, o de que el testador hubiese previsto tanto su nombramiento como el otorgamiento de la autorización del art. 841.2 del CC, o por motivo de la vacancia del testamentario, al que el testador le hubiera autorizado a actuar conforme el art. 841 del CC.

De ninguna forma este requisito implica que el supuesto de los arts. 841 y ss. del CC no puede aplicarse en una sucesión intestada. Si esta hubiera sido la intención legislativa, al dativo no se le hubiera atribuido la posibilidad de conceder la facultad de conmutación. La asignación de esta potestad a una figura jurídica como el contador partidor dativo, que puede desempeñarse habiendo o no testamento, sugiere que el supuesto de los arts. 841 al 847 del CC se aplica tanto en la sucesión testada como en la intestada. Conclusión que, como comentamos anteriormente, resulta coherente con el análisis armónico de los arts. 841 y 1057.2 del CC y el art. 80.2 (b) del RH. Y no varía por el razonamiento de que el documento público acreditativo de que la facultad del art. 841.2 del CC le fue concedida al dativo, que requiere el art. 80.2 (b) del RH, también, para propósito de la inscripción de las adjudicaciones realizadas por el contador partidor, en términos generales, tiene que ser solicitado por la unanimidad de hijos o descendientes del causante. Ya que no existe ninguna norma jurídica en la que conste o se sostenga tal afirmación.

Finalmente, un sector de la doctrina<sup>774</sup>, con el que coincidimos, sostiene que el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC puede ordenar el abono en efectivo de la legítima de los demás hijos o descendientes legitimarios, con el alcance del art. 841 del CC. Para esto, no es

---

<sup>774</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 451 y 460, «La Fiducia Sucesoria del artículo 831 del Código Civil», en *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial. Sus Protocolos*, (coords.) M. Garrido Melero, J. M<sup>a</sup>. Fugardo Estivill, V. M. Garrido de Palma, tomo IV, Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 2005, págs. 172 – 176 y 203; «La Fiducia Sucesoria del Artículo 831 del C.C.», en *B.I.I.C.N.G.*, núm. 279, Marzo 2005, págs. 980 – 984 y 1015 – 1016 y «Algunos Aspectos sobre el Ejercicio de la Comisión o Encargo Hecho en Virtud del Artículo 831 CC: Ejecución de la Delegación y de la Fiducia (125 Aniversario del Código Civil)», en *R.J.N.*, núm. 85, Enero – Marzo 2013, págs. 361 – 366; GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los Actuales Artículos 831 y 1056.2 del Código Civil...», *op. cit.*, pág. 135; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «La Delegación de la Facultad de Mejorar», en *B.C.R.E.*, núm. 136, Junio - 2007, pág. 1634; MILLÁN SALAS, F., «La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 403 – 434. En cuanto al anterior texto del art. 831 del CC, puede revisarse a LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 22 y 117 - 118 y a VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 499.

necesario, aunque sí conveniente, que el testador lo faculte expresamente en su testamento. Mediante la fiducia sucesoria del art. 831 del CC, el cónyuge viudo fiduciario tiene mayores facultades que las de un contador partidor. A este, de haberlo querido el testador, se le pudo haber delegado todas o algunas de las siguientes facultades: mejorar, adjudicar, atribuir y hasta partir la herencia del cónyuge fallecido. Incluso, si el testador solo le confiere al cónyuge viudo la facultad de partir, este tendría una autoridad superior a la de un mero contador partidor porque está exento de cumplir con la obligada igualdad en la partición, propugnada por los arts. 1061 y 1062 del CC. Tampoco, este tipo de partición, similar a la que hubiera realizado el testador, puede ser impugnada por causa de lesión en más de una cuarta parte del valor de los bienes adjudicados, conforme el art. 1074 del CC. Solo puede ser impugnada, según dispuesto en el art. 1075 del CC, si la misma vulnera la legítima o se evidencia o presume que otra era la voluntad del cónyuge viudo fiduciario.

#### **D. Ámbito funcional**

El art. 842 del CC es uno de los complementos funcionales del art. 841. Si bien es cierto, como previamente se ha indicado, que el testador o el cónyuge viudo fiduciario del art. 831, o el contador partidor testamentario, autorizado expresamente por este, o el dativo, es quien inicia el proceso para que se pueda suscitar el supuesto general de pago en metálico de la legítima, también es correcto que su aplicación queda supeditada a que el legitimario adjudicatario seleccione esta alternativa y no la de compensarlos con los bienes relictos, sometiéndose a la regla general de partición de la herencia. En otras palabras, el adjudicatario o adjudicatarios de alguno o todos los bienes del caudal relicto tiene(n) la posibilidad de optar entre aceptar la asignación con la consabida carga u obligación de pagar la cuota hereditaria de los demás en efectivo o rechazarla y someterse al proceso normal de partición.<sup>775</sup> Con independencia de quién le confirió la facultad de conmutación, es decir, sin importar que la misma le haya sido otorgada por el testador, el cónyuge viudo fiduciario del art. 831 del CC, el contador partidor testamentario o el contador partidor dativo.<sup>776</sup>

---

<sup>775</sup> Esta opción, según la doctrina, es exclusiva de los legitimarios adjudicatarios de los bienes y la misma no puede ser ejercida por aquellos seleccionados para que su legítima sea conmutada. STS núm. 524 de 18 de julio de 2012, *supra*. Véase, además, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 492; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 842 – 843», *op. cit.*, pág. 6252; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *op. cit.*, pág. 580; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 46, 59 y 63; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 958 y 959; RDGRN núm. 1022 de 11 de enero de 2018, *supra*.; RDGRN núm. 8561 de 18 de julio de 2016, *supra*.; SAP de Castellón, núm. 39 de 28 de mayo de 2013, Sección 1ª, (JUR 2013/266265); SAP de Asturias núm. 422 de 10 de diciembre de 2009, Sección 1ª, (AC 2010/691); SAP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 109 de 4 de abril de 2005, Sección 1ª, (JUR 2005/132614).



No obstante, hay que tener presente que de haber más de un legitimario adjudicatario, todos deben estar de acuerdo en pagar en efectivo la legítima de los otros. En ese sentido, sería suficiente un disidente, o que alguno se abstuviera de comunicar su decisión de conmutar en el término de un año a partir de la muerte del testador, conforme sugiere el art. 844.1 del CC, para que no resultara aplicable el art. 841 del CC y la herencia fuera repartida según la norma general de pago en bienes hereditarios.<sup>777</sup>

Esta valoración se sostiene, como pudimos observar, en los antecedentes legislativos de esta norma, especialmente en la porción del texto del Anteproyecto de Ley y del Proyecto de Ley del Gobierno que sirvieron de base para la redacción del vigente art. 842 del CC. En los mismos, se exigía unanimidad entre los hijos matrimoniales al optar por pagarle a los extramatrimoniales su cuota hereditaria en efectivo.<sup>778</sup> Por lo mismo, se desprende, claramente, del estudio combinado del apartado primero del art. 841 y del contenido del art. 842, ambos del CC. El primero manifiesta que «[e]l testador o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, **podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios**».<sup>779</sup> Mientras, el segundo aclara que «[n]o obstante lo dispuesto en el artículo anterior, **cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia**, debiendo observarse, en tal caso, lo prescrito por los arts. 1058 al 1063 de este Código».<sup>780</sup>

---

<sup>776</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 842 – 843», *op. cit.*, pág. 6250.

<sup>777</sup> BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 842 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1171 y 1172. Véase, además, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 842 – 843», *op. cit.*, pág. 6249; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 492; GARCÍAS DE ESPAÑA, E., *op. cit.*, pág. 840; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *op. cit.*, pág. 580; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 958; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 59 – 60 y 63; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, pág. 1432; SAP de Castellón, núm. 39 de 28 de mayo de 2013, *supra*.

<sup>778</sup> Véase: B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Proyecto de Ley, I Legislatura, Serie A: Proyecto de Ley, núm. 71-I, *supra*, pág. 343; B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Informe de la Ponencia, I Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 71 – I (3), 22 de mayo de 1980, pág. 348/41; B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Dictamen de la Comisión y Enmiendas, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 71 – II, *supra*, pág. 348/77.

<sup>779</sup> Énfasis suplido.

<sup>780</sup> Énfasis suplido.

Precisamente, la justificación que, mediante la enmienda 119, el Grupo Parlamentario UCD en el Senado, a través de su diputado Francisco Villodres García, le confirió al texto de este precepto, aceptado definitivamente por el Congreso, valida claramente lo que estamos argumentando, en cuanto a que es opcional de los adjudicatarios ejercer la facultad de conmutación, máxime si el acto de conmutar puede afectarles económicamente, y que para su efectivo ejercicio es necesario el acuerdo unánime entre todos ellos. En concreto, la explicación fue la siguiente:

«Si el testador hace uso de la potestad que le confiere el art. 841, otorga a los hijos o descendientes a cuyo favor ordena la adjudicación de los bienes hereditarios una facultad, pero, al mismo tiempo, les impone una carga: la obligación de pagar en metálico la cuota hereditaria de los demás. De alguna manera viene a imponerles un gravamen sobre su propia legítima, gravamen que no puede vincularles conforme a lo dispuesto por el art. 813.2 del CC. Además, si el valor de la cuota hereditaria que ha de ser satisfecha es importante, esa carga puede resultar gravosa a los obligados al pago, o a alguno de ellos, e incluso resultar, prácticamente, de cumplimiento imposible. Obsérvese que en el Proyecto del Gobierno, y aunque bajo un planteamiento distinto, el pago en metálico exige el acuerdo de todos los hijos o descendientes matrimoniales. Aquí, aunque bajo otra perspectiva, se llega, en el fondo, a la misma solución».<sup>781</sup>

Así, también, lo ha entendido la doctrina al expresar que «[n]o es la voluntad del testador, pues, lo decisivo sino la voluntad y la actuación de los adjudicatarios, de manera que, según el equilibrio de intereses que estas normas fijan, la conmutación está más en función de éstos que de aquél, cuyo poder de iniciativa se traduce únicamente en la opción *ex voluntate* que, con la orden de conmutar, confiere a los adjudicatarios de los bienes relictos».<sup>782</sup>

Existe discrepancia en la doctrina en cuanto a la posibilidad de que esa misma unanimidad de adjudicatarios pueda decidir conmutar solo la porción hereditaria de algunos de los descendientes legitimarios conmutados. Por un lado, se favorece que por decisión de todos los conmutantes la cuota de alguno de los designados conmutados sea abonada en efectivo no hereditario, mientras la del resto de ellos se pague en bienes hereditarios. Bajo el

---

<sup>781</sup> B.O.C.G., Senado, Enmiendas, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (c), *supra.*, págs. 83 y 102.

<sup>782</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, pág. 41. Igual parecer tiene RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 841», *op. cit.*, pág. 6243 y «Comentario al Artículo 842 – 843», *op. cit.*, pág. 6249, al expresar que «[h]ay que aclarar primeramente que, aunque el art. 841 CC parece regular un supuesto de conmutación ordenada por el testador, el art. 842 CC aclara inmediatamente que se trata de una facultad de conmutación que se concede al descendiente». También, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1521, favorece este criterio al expresar que «...el pago en metálico de la legítima, en los casos previstos por el art. 841 C.C., constituye una facultad y no una carga de los herederos llamados en principio a quedarse con los bienes hereditarios[ según se establece] ... expresamente del art. 842». Véase, además, SABORIDO SÁNCHEZ, P., *op. cit.*, págs. 1304 y 1305. Por su parte, GARCÍAS DE ESPAÑA, E., *op. cit.*, pág. 838, discrepa de esta apreciación al expresar que «... la posibilidad de pago en metálico, reconocida en estos preceptos, depende única y exclusivamente de la voluntad del testador».

planteamiento de que «...a ningún deudor se le puede prohibir, por acuerdo con el acreedor, dar en pago: al menos, si los legitimarios consienten en recibir cosas».<sup>783</sup>

Por otro lado, se sostiene<sup>784</sup> que la unanimidad de adjudicatarios no puede, unilateralmente y en contra de la voluntad del testador, tomar la determinación de ejercitar la facultad de conmutación respecto a algunos de los llamados a percibir su derecho en dinero extrahereditario, mientras se reparten los bienes hereditarios con el resto de los designados conmutados. Este criterio lo fundamentan en la literalidad de los arts. 841 y 842 del CC. Se sugiere que en estos artículos se muestra que la facultad de conmutación no se contempla individualmente en cuanto a cada una de las porciones de los perceptores del metálico, sino, más bien, que se concede para ser ejercitada en relación con la totalidad de la cuota hereditaria atribuida al grupo de conmutados.

Permitir tal actuación, implicaría imponerle una partición provisional a los perceptores del metálico con los que se quiere compartir los bienes hereditarios. De manera que las adjudicaciones iniciales de bienes a su favor serán claudicantes hasta que los conmutantes abonen en dinero no hereditario el derecho de los otros conmutados sobre los cuales sí se quiso ejercer la facultad de conmutación. Los mismos estarán sujetos a una eventual partición normal si es que los adjudicatarios incumplen con pagar en metálico la porción de los restantes conmutados, dentro del plazo máximo de dos años a partir de la muerte del causante, según dispuesto en el art. 844 del CC. Esto complicaría la aplicación del supuesto del art. 841 al 847 del CC.

Además, este proceder supondría desvirtuar la voluntad del testador, fuente propulsora de la facultad de conmutación, al concebirla de manera divisible. Es decir, asumir que aunque el testador decidió excluir a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios del disfrute cualitativo de sus bienes relictos, también pudo haber querido que los designados adjudicatarios compartieran su patrimonio hereditario con algunos de los llamados a ser perceptores del metálico. En definitiva, que el beneficio de la opción de conmutar o no la cuota de los conmutados es su carácter defensivo, para el caso en que su ejercicio pueda constituir un gravamen económico sobre el derecho de los adjudicatarios. Una vez ejercitada la facultad de conmutación, no se concibe como privilegio el que los adjudicatarios puedan libremente discriminar cualitativamente entre aquellos hijos o descendientes legitimarios a

---

<sup>783</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 492 y nota 5. Revísese, también, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 60.

<sup>784</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, págs. 1433 – 1434. Consúltese, además, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 60.

los cuales el testador quiso que su porción la recibieran, igualmente, en dinero extrahereditario. Tal pretensión excede de la finalidad de la norma.

Creemos que la unanimidad que requiere el art. 842 del CC es a los efectos de ejercer la potestad de conmutación respecto a todas las cuotas hereditarias de aquellos designados como perceptores del metálico. Ni los conmutantes ni los conmutados pueden unilateralmente determinar que se efectúe una conmutación parcial. Así se evidencia, como previamente discutido, del texto de este precepto y de sus antecedentes legislativos. No cabe duda que desapareció la solución que proveía el Proyecto de Ley del Gobierno, y que originalmente se incluía en el art. 841, en cuanto a que los hijos o descendientes matrimoniales podían optar por pagar en efectivo la cuota correspondiente a todos los extramatrimoniales o a alguno de ellos.<sup>785</sup> Sin embargo, creemos que en el momento de cumplir con el pago de la cuota de los conmutados, todos los adjudicatarios pueden acordar con alguno de los conmutados que deseen, el satisfacerles su cuota en bienes hereditarios, siempre que su valor sea representativo de la cuantía fijada previamente a su derecho y que dichos acuerdos no afecten a los que no participen en el mismo, en vez de en efectivo extrahereditario. Materializándose, de cierta forma y por vía convencional, la conmutación parcial.<sup>786</sup>

Sin duda, esta facultad u opción que mediante esta normativa se le confiere al legitimario adjudicatario difiere notablemente, como se analizó en el capítulo anterior, del supuesto que contempla el art. 1056.2 del CC, donde el participante al que se le asigna la explotación económica o el control de una sociedad está obligado a compensar en metálico al resto de los interesados, si es que desea quedarse con la asignación que se le hizo. Así lo ha entendido el TS al expresar que «...la norma del art. 844 CC no parece que deba ser aplicable a aquellos casos en que el testador imponga a sus herederos o legatarios la carga de pagar las legítimas en dinero, puesto que entonces el legatario no está autorizado para actuar de una forma distinta, ni en consecuencia, es titular de ninguna facultad de optar, ya que al pagar las legítimas en dinero, está cumpliendo la voluntad testamentaria que no puede infringir».<sup>787</sup> La

---

<sup>785</sup> Véase: B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Proyecto de Ley, I Legislatura, Serie A: Proyecto de Ley, núm. 71-I, *supra.*, pág. 343; B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Informe de la Ponencia, I Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 71 – I (3), 22 de mayo de 1980, págs. 348/40 - 348/41; B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Dictamen de la Comisión y Enmiendas, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 71 – II, *supra.*, pág. 348/77.

<sup>786</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 61.

<sup>787</sup> STS núm. 783 de 9 de diciembre de 2010, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2011/1415). Véase, además, a RDGRN núm. 1022 de 11 de enero de 2018, *supra.*; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 46 y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 959.

justificación de esta circunstancia es que el supuesto del art. 841 del CC no constituye un acto particional. Esta realidad se desvela no solo porque los conmutantes no están obligados a «pasar por ella», al poder optar por no pagar la cuota correspondiente a los conmutados, sino también porque de los arts. 843 y 844 del CC surge que si no se ejercita la facultad de conmutación o, luego de ejercitarla, no se cumple con ciertos requisitos de la normativa contenida en los arts. 841 al 847 del CC, la herencia será repartida según la regla general de la partición. En fin, en este supuesto general, el causante solo ha establecido normas particionales<sup>788</sup> extraordinarias cuya efectividad depende de que el legitimario adjudicatario ejercite positivamente la facultad de conmutar la porción hereditaria del resto de los legitimarios.<sup>789</sup>

El segundo complemento funcional del art. 841 del CC es el art. 843. Mediante este artículo, se hace patente que no basta que el legitimario adjudicatario, o en caso de ser varios, la unanimidad de adjudicatarios, seleccione la opción de partir la herencia a través de percibir los bienes del caudal relictivo y pagar a los demás legitimarios su cuota en dinero no hereditario. Será necesario que el proceso de partición sea confirmado, según dispone el art. 843 del CC<sup>790</sup>, por **todos los hijos o descendientes**, es decir, tanto por los conmutantes como por los conmutados, o aprobado por el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia, de no ser posible el acuerdo de los interesados.<sup>791</sup> El cumplimiento de este doble

---

<sup>788</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 126, define la norma particional como aquella que «...no tiene efectos reales, sino sólo obligatorios». Por lo que, «los bienes caen ... en la comunidad hereditaria y, sólo a la hora de la formación de los lotes, los herederos, el contador o el juez, deben respetar las indicaciones del testador». En ese sentido, «[n]o existe, por tanto, verdadera partición del testador, sino simplemente unas instrucciones que deben ser cumplidas en el momento de formalizar las adjudicaciones».

<sup>789</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1523; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 276. Véase, además, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 124 – 125; RDGRN núm. 6126 de 5 de abril de 2019, *supra*.

<sup>790</sup> Este artículo, también, fue modificado por la Disposición Final Primera, núm. Setenta y uno, de la Ley 15/2015, 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *supra*, para sustituir la necesidad de aprobación judicial por la del Secretario judicial (hoy día denominado Letrado de la Administración de Justicia) o Notario. Nos parece que este cambio puede contribuir a la agilidad de estos procesos.

<sup>791</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 961, considera, a nuestro juicio correctamente, que el consentimiento unánime de los legitimarios o la aprobación judicial o notarial, que requiere el art. 843 del CC, se extiende también a la partición realizada por el contador partidor, en lo que se refiere a la liquidación y cálculo de las cantidades que los conmutantes deben satisfacer a los conmutados. Asume esta posición respecto al supuesto de pago en metálico de los arts. 841 y ss. del CC, aunque reconoce que doctrinalmente ha sido aceptado que no es necesaria ninguna de estas dos aprobaciones a esta modalidad de partición, cuya finalidad, precisamente, es evitar conflictos en las valoraciones de los bienes hereditarios que pudieran efectuar los hijos o descendientes. Fundamenta su criterio en varias consideraciones: (1) la norma del art. 843 no establece excepciones a su aplicación; (2) es consistente con la defensa de las legítimas y (3) es coherente con la norma del art. 80.2 del RH que exige el documento acreditativo del acuerdo para inscribir la partición en el Registro de la Propiedad, tanto para el supuesto de que esta haya sido realizada por el testador como por el contador partidor, testamentario o dativo. Véase, también, RDGRN núm. 8561 de 18 de julio de 2016, *supra*, en relación a la necesidad de confirmación expresa o

condicionante, uno funcionando como principal y otro como subsidiario, es importante porque a través suyo se contribuye, junto a los otros requisitos que integran la norma contenida en los arts. 841 al 847 del CC, a salvaguardar la intangibilidad material de la legítima del descendiente no adjudicatario, siendo este uno de los objetivos del supuesto general de pago en metálico. En definitiva, el propósito de este requisito, y el de los demás, es velar porque la conmutación en efectivo extrahereditario de la legítima sea operada de manera neutral, segura y equilibrada, para que su aplicación no vaya a perjudicar los intereses de los legitimarios conmutados. Por eso, entre otras cosas, el art. 80.2 del RH de 1947 requiere que para inscribir las adjudicaciones extraordinarias realizadas conforme el art. 841 y ss. del CC, se presente, como parte de los documentos justificantes, la confirmación o, en su defecto, la aprobación de la partición hereditaria. De ahí que, además, se haya determinado que este requisito complementario no podrá ser infringido por el conmutante bajo el fundamento de que el conmutado rechazó las concretas operaciones particionales.<sup>792</sup>

Aunque el texto del precepto alude al término partición, la doctrina ha interpretado que la confirmación de todos los legitimarios descendientes o la autorización del Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, según corresponda, debe ser en torno a la estimación del patrimonio relicto y a la valoración y liquidación de las cuotas que los conmutantes deben compensar a los conmutados. Más específicamente, se puntualiza que «la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes» se refiere al «...cómputo de las legítimas y de los

---

aprobación judicial o notarial a la partición realizada por un contador partidor. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 52, 74 – 76 y 80 – 81, coincide con dicho criterio, extendiendo los requisitos del art. 843 del CC a la partición realizada por el testador o los coherederos, en lo que se refiere a las operaciones de cálculo y reducción a efectivo de la cuota hereditaria de los no adjudicatarios. Ya que su aplicación se da en el concepto de una norma extraordinaria, viabilizada para la efectividad de adjudicaciones excepcionales. En contra de esta perspectiva: PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, págs. 1435 – 1438, ; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, págs. 159 – 160 y *Compendio de ...*, *op. cit.*, págs. 282 – 285. El primero entiende que a las operaciones de liquidación de la herencia y determinación de la suma a pagar en efectivo al conmutado realizadas por el contador partidor testamentario no le deben aplicar la exigencia del art. 843 del CC, en cuanto a que estas deben ser confirmadas por todos los hijos o descendientes legitimarios o, en su defecto, ser aprobadas por el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario. Este precepto solo será aplicable ante el supuesto de que el testador ejerza la facultad que le concede el art. 841 del CC, sin nombrar un contador partidor testamentario, y no se peticione el nombramiento de un contador dativo, conforme el art. 1057.2 del CC. Mientras, el segundo sostiene que ni la confirmación ni la aprobación son necesarias cuando la partición fue efectuada por el testador o el contador partidor testamentario. Que solo será necesaria si la realizan los propios herederos o el contador partidor dativo, este último por exigencia del art. 1057.2 del CC y sin importar que haya o no herederos forzosos y que la legítima sea abonada o no en efectivo.

<sup>792</sup> RDGRN núm. 6126 de 5 de abril de 2019, *supra.*; RDGRN núm. 17474 de 29 de noviembre de 2018, *supra.*; RDGRN núm. 578 de 29 de diciembre de 2014, (RJ 2015/154); RDGRN núm. 8561 de 18 de julio de 2016, *supra.*; STS núm. 604 de 22 de octubre de 2012, *supra.* y la STS núm. 524 de 18 de julio de 2012, *supra.* Véase, además, RDGRN núm. 10272 de 15 de septiembre de 2014, *supra.*

demás derechos que les hayan sido conferidos [a los conmutados] por el causante».<sup>793</sup> Además, se añade que para que esta o la aprobación por el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario se efectúe, los adjudicatarios conmutantes deberán comunicar a los conmutados, antes de que se haga el pago en efectivo, la valoración dada a la porción hereditaria, ya sea como parte de la misma notificación en la que se informa del ejercicio de la opción de conmutación o en otra posterior.<sup>794</sup>

Precisamente, para valorar la porción hereditaria del legitimario conmutado, se debe cumplir con el procedimiento instituido en el art. 847 del CC, que es el tercer complemento funcional del art. 841. Primero, este artículo obliga a fijar la cantidad de efectivo a pagar, considerando el valor que tenían los bienes de la herencia al momento en que se realizó la liquidación de dicha cuota hereditaria. A los efectos de interpretar esta premisa, es importante tener presente que aunque se modifique la manera general en que alguno de los legitimarios va a recibir su cuota hereditaria, lo cierto es que al no individualizarse su derecho, a través de un legado o donación o atribución particional realizada por el testador, la comunidad hereditaria entre conmutantes y conmutados continuará hasta que efectivamente se produzca la partición y las adjudicaciones. Esto significa que la valoración de la cantidad que deberá ser pagada a los conmutados se verá afectada, tanto positiva como negativamente, por los aumentos y disminuciones en el valor de los bienes del caudal hereditario, suscitados

---

<sup>793</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 842 – 843», *op. cit.*, pág. 6252. Véase, además, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 843 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, pág. 1172; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 137; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 960 y 961; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 63, 64 – 65 y 75 – 76; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, págs. 1435 – 1436. Puede consultar, además, STS núm. 604 de 22 de octubre de 2012, *supra.* y la STS núm. 524 de 18 de julio de 2012, *supra.*; SAP de Valencia, núm. 28, de 23 de enero de 2009, Sección 11ª, (ROJ 191/2009); RDGRN núm. 578 de 29 de diciembre de 2014, *supra.* De acuerdo a VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, pág. 121, estas exigencias «...no son necesarias en los supuestos normales del art. 1057.1, en el del art. 831, ni en los dimanantes de los arts. 821, 829, 1056.2 y 1062.1, CC».

<sup>794</sup> En relación a la aprobación judicial [hoy día, aprobación por el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario], VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario a los Artículos 842, 843 y 844 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 504, indica que esta deberá sustanciarse «... por los trámites de la jurisdicción voluntaria... y podrá ser impugnada en el juicio ordinario correspondiente». Mientras, en cuanto a la aprobación notarial, la RDGRN núm. 8561 de 18 de julio de 2016, *supra.*, expresó: «En el supuesto en que se proceda a la aprobación por el notario, esta aprobación notarial de la partición realizada por el contador a la que se refiere el artículo 843 del Código Civil es diferente a la autorización de la escritura de partición. A falta de norma expresa, la aprobación notarial prevista en el artículo 843 del Código Civil deberá regirse por el artículo 66 de la Ley del Notariado que en su apartado 1.d) se refiere a la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. Esta aprobación notarial de la partición practicada por el contador-partidor supone un expediente específico de jurisdicción voluntaria, tramitado por notario competente (sea o no el mismo notario que autorice la escritura de partición) de acuerdo con los criterios de competencia que establece el artículo 66.2 de la Ley del Notariado, sin que rija el principio de libre elección de notariado».

por cambios que son producto de la naturaleza o del paso del tiempo. En cambio, no se tendrán en cuenta aquellas fluctuaciones en el valor de los bienes de la herencia que sean físicamente visibles, por ser el resultado de las mejoras realizadas por el adjudicatario.<sup>795</sup>

Ante tal contexto, no cabe duda que la valoración de los bienes del caudal relicto para computar la cuota hereditaria de los legitimarios conmutados se debe efectuar en el momento de su satisfacción. La razón es que «, en perfecta equidad, si el módulo de la legítima lo constituye una cuota de bienes, esta deberá valorarse cuando se pague su equivalencia en moneda».<sup>796</sup> Máxime cuando «...en los casos en que la legítima es pagadera en dinero extrahereditario, lo normal es que aquélla no quede satisfecha cuando se adjudican los bienes hereditarios, [es decir, al momento de la partición,] sino posteriormente, cuando se liquiden y paguen efectivamente las cantidades en metálico».<sup>797</sup> Por su parte, el TS, reiteradamente, ha resuelto que a efectos de una operación particional los bienes deben valorarse al momento de la liquidación. Concretamente, el alto tribunal ha expresado que es necesario «...aceptar, como hace ahora el Código Civil en preceptos como los que ha invocado el recurrente (847, 1045.1 y 1074 CC), una cierta concreción del nominalismo, procediendo, de una parte, a

---

<sup>795</sup> Un criterio similar se utiliza en la valoración de los bienes a efectos de colación, según dispuesto en el art. 1045 del CC. Al respecto, pueden examinarse varios análisis doctrinales que diversos autores han efectuado sobre este precepto: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Capítulo 20: La Partición Hereditaria: Efectos, Invalidez e Ineficacia. La Colación», en *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, 1ª edición, Ed. Colex, 2013, pág. 488; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1427 y *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo III, Ed. Dykinson, S. L., 4ª edición, Madrid, 2009, págs. 2706, nota 7, 2707 - 2710; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de Derecho Civil: Sucesiones*, 2ª edición, Ed. Bercal, S.A., Madrid, 2012, pág. 121; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 967 - 969. Igualmente, sobre el particular, puede revisarse la siguiente jurisprudencia: STS de 19 de julio de 1982, Sala Civil, (RJ 1982/4256); STS de 28 de abril de 1988, Sala Civil, (RJ 1988/3284); STS de 17 de marzo de 1989, *supra.*; STS de 17 de diciembre de 1992, Sala Civil, (RJ 1992/10696); STS núm. 124 de 22 de febrero de 2006, *supra.*; STS núm. 129 de 23 de febrero de 2006, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/909).

<sup>796</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 847 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dir.) M. Albaladejo García, tomo XI, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, pág. 514.

<sup>797</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, pág. 118. Sobre el particular, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Art. 847 del Código Civil», en *E.C.L.C.*, BIB 2011/6091, Septiembre - 2011, págs. 2 - 3 y «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 969, presenta una perspectiva interesante: «Como la atribución de la opción de pago en metálico prevista en los artículos 841 y ss. CC no supone un verdadero acto dispositivo del causante, la situación de comunidad persiste, aunque exista la facultad de ciertos legitimarios de satisfacer de un modo diferente los derechos de los demás legitimarios. Se trata de ofrecer una forma especial para el pago de la legítima y es lógico que ese pago se realice con arreglo del valor de los bienes al ser distribuidos. Es decir, en este caso no cabe apreciar que la legítima quede individualizada en bienes determinados en el momento de la muerte, porque realmente el causante no dispone mediante un título que excluya a los legitimarios de la comunidad hereditaria (como sucede cuando realiza una donación o legado que cubra la legítima, o realiza la partición de los bienes). Cuando el causante faculta a ciertos descendientes para atribuir las legítimas en dinero, no se está excluyendo de la cotitularidad a los legitimarios perceptores de metálico, por lo que procede la valoración de los bienes con referencia al momento de distribuir».



aproximar el momento de valoración al de liquidación y pago, para expresarlo en unidades monetarias de tal momento; y, por otra parte, estableciendo la regla de pago en la moneda corriente en el momento de liquidación, esto es, actualizando al valor actual de la moneda en el momento del pago».<sup>798</sup>

El TS<sup>799</sup> aclara un poco más su perspectiva ante una controversia en la cual el testador deja íntegramente a sus dos hijos, en concepto de legado y mejora, el tercio de mejora y el de libre disposición. Mientras, en el tercio de legítima estricta instituye herederos universales a sus dos hijos y a su nieta, por derecho de representación. Respecto al pago de la porción correspondiente a su nieta, el causante dispuso en su testamento que esta le fuera pagada con el efectivo que tenía en una cuenta de ahorro y, de no ser suficiente, el resto debía pagarse, por partes iguales, entre sus dos hijos. Bajo este contexto, la nieta demandó a sus tíos en una acción de complemento de legítima. Ante tal controversia, el TS determinó que los bienes relictos y las donaciones, luego de restar las deudas del causante, deben valorarse al tiempo en que se pretende fijar la cuota correspondiente a la nieta, que en el supuesto de hecho fue en la fecha en que se presentó la demanda. Una vez definida esta cantidad, era necesario restar el dinero que los tíos le habían adelantado a su sobrina. Al analizar este caso, se puede establecer que se hace una primera valoración de los bienes hereditarios para calcular la legítima y poder determinar que proporciones deben complementarse y cuáles, por ser inoficiosas, tienen que reducirse. De manera que el legitimario al que debe complementársele su porción formará parte de la comunidad hereditaria. Por lo que, su participación se respetará al valorarse nuevamente los bienes al momento de la partición de la herencia.

No cabe duda que la finalidad del art. 847 del CC es proteger al perceptor del metálico en la medida de que aún ante particiones tardías, las fluctuaciones de valor serán consideradas. Máxime cuando al ser de ordinario, distante el momento del pago en dinero de la legítima de la fecha de la muerte del testador, pueden suscitarse modificaciones no solo en la valoración de los bienes del caudal relicto sino, también, en el valor de la moneda en curso.<sup>800</sup> Por esto, como se observa, los bienes relictos deben ser valorados en dos momentos diferentes para calcular la cuota hereditaria del legitimario conmutado. Uno, cuando se va a

---

<sup>798</sup> STS núm. 954 de 14 de diciembre de 2005, *supra*. Véase, además, STS núm. 561 de 19 de julio de 2011, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2011/5097); STS núm. 750 de 21 de octubre de 2005, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2005/7707); STS núm. 696 de 8 de julio de 1995, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 1995/11454); SAP de Burgos, núm. 385, de 23 de julio de 2001, Sección 3ª, (ROJ 2001/1062).

<sup>799</sup> STS núm. 29 de 24 de enero de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/306).

<sup>800</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 847 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 513.

computar la legítima, conforme se establece en el art. 818 del CC. Otro, al realizarse la partición.<sup>801</sup>

Como segundo paso, a efectos del cálculo del metálico, el art. 847 del CC dispone que se deben tomar en cuenta los frutos o rentas que los bienes generaron desde la apertura de la sucesión hasta el instante en que se hizo la liquidación de la porción. Tercero, desde la liquidación y hasta que, efectivamente, se haga el pago del dinero, este devengará el interés legal. Respecto a este último paso, se comenta que aunque este fragmento del precepto es contrario al criterio valorista que se favorece en el primer segmento del mismo, previamente discutido, puede ser muy útil porque facilita el cálculo de la cuota hereditaria que, finalmente, se debe pagar al legitimario conmutado. A lo que se añade que es perceptible que, dentro del art. 847 del CC, la cantidad debida a los legitimarios conmutados muta de ser una deuda de valor hasta el momento de la liquidación a una de cantidad, sujeta al principio nominalista, desde este preciso instante y hasta su efectivo pago.<sup>802</sup>

Llegados a este punto, es preciso aclarar el contenido de la cuantía que el conmutante debe pagarle al conmutado. Como se ha podido observar, en el art. 841 del CC se hace referencia a que si los conmutantes deciden ejercitar la facultad de conmutación deberán abonar en efectivo la **porción hereditaria** de los conmutados. Mientras, en el art. 842 del CC se indica que lo que se les debe pagar es su **cuota hereditaria**. Indistintamente, porción o cuota hereditaria, se ha establecido que su contenido puede corresponder solo a la cuota legitimaria o, incluso, algo más, dependiendo de lo dispuesto por el testador. Al respecto, cierto autor explica:

«Por tanto, como los legitimarios no son, necesariamente, sucesores desfavorecidos, su “cuota o porción hereditaria” no tiene porque identificarse con su legítima pudiendo tener una mayor extensión; dependerá de la atribución testamentaria, que indicará la

---

<sup>801</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Art. 847 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 137; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 847 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1176 y 1177. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1529, mantiene igual criterio al expresar que: «El sistema implantado por el art. 847 C.C. merece un juicio favorable, en el sentido de que se ha plasmado en el mismo una influencia clara de los movimientos valoristas. Esta norma es expresión de un principio general según el cual en los casos en los que la cuota de bienes correspondientes a la legítima permanezca englobada en la masa partible ha de procederse a una segunda valoración en el momento de la partición para la correcta satisfacción de aquélla. Esta construcción resulta coherente con un sistema legitimario de tipo *pars bonorum*».

<sup>802</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Art. 847 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 3 y «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 969; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 847 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1177; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 137.

“cuota” que tendrá cada uno (sean iguales o desiguales) sobre el patrimonio del difunto y podrán ser pagadas en metálico. Es decir, la cuota a pagar en metálico tiene un contenido mínimo, la “cuota viril” (o lo que es lo mismo, su participación en el tercio de legítima estricta), pero puede ser mayor dependiendo de la voluntad del causante manifestada en su testamento, ley de la sucesión (art. 675 C.C.).»<sup>803</sup>

Incluso, desde mucho antes, se expresaba<sup>804</sup> que el contenido de la porción o cuota hereditaria no podía limitarse a lo que a los conmutados les correspondiera por legítima, ya fuera la corta o la larga. Pues se entendía que, como los perceptores del metálico no son legitimarios de segunda categoría, esta podría comprender cantidades superiores otorgadas en cualquier concepto. Es decir, que se podía extender al tercio de mejora y al de libre disposición. Y que aun en estos supuestos límites serían válidas las adjudicaciones extraordinarias y la facultad de conmutación concedida por el testador. Ya que el adjudicatario, conforme el art. 842 del CC, siempre tendrá la opción de no ejercitar la facultad de conmutación si piensa que su aplicación le podría resultar gravosa. Con esta perspectiva coincide otro estudioso<sup>805</sup>, al manifestar que «[l]a cuota hereditaria que ha de satisfacerse en metálico no tiene por qué limitarse a la cuota legítima».

Igualmente, otra autora<sup>806</sup> está de acuerdo en que es posible que el testador atribuya una cuota o porción hereditaria de una cuantía superior a la legítima individual, corta o larga, de los conmutados, siempre que no se afecten los derechos de los conmutantes. Advierte, sin embargo, que esta, también, podría ser menor si el causante les concedió otras atribuciones, a título lucrativo e imputables a su legítima. Además, señala que solo la parte de la cuota hereditaria que constituye la legítima está asegurada con las garantías extraordinarias del art. 844.2 del CC. El resto del contenido de la porción hereditaria deberá considerarse como un legado de cantidad normal. Significa que si el adjudicatario ejercita la facultad de conmutación, cumple con todos los requisitos que la hacen efectiva y, dentro del plazo, paga la cantidad de la porción hereditaria representativa de la legítima individual de los conmutados, aunque no haya abonado el resto de la cuota hereditaria, estos no podrán pedir

---

<sup>803</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1528.

<sup>804</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, págs. 485, 488, 490 – 491.

<sup>805</sup> BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1170. Véase, además, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, págs. 275 y 276; PANTALEÓN PRIETO, A. F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, volumen II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1378, 1408 y 1425 y «Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 1339 y 1343; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 950 – 951.

<sup>806</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 66 – 67 y 71 – 73.

que la herencia sea repartida según las reglas generales de la partición normal. Ya que piensa que la razón de ser de la garantía del art. 844.2 del CC y de la reserva del art. 806 del CC es asegurar que el perceptor del metálico cobre su legítima y no garantizar el resto de la porción hereditaria. Incluso, sugiere que si el conmutante opta por no conmutar la cuota hereditaria de los no adjudicatarios, se procederá a realizar una partición normal y los perceptores del metálico deberán recibir en bienes hereditarios la parte de la porción hereditaria representativa de su legítima y podrán requerir que el resto de la misma le sea abonada en metálico.

A nuestro juicio, la cuota o porción hereditaria no se limita a la legítima, sino que puede consistir en una cantidad mayor. Justificamos nuestro parecer en la literalidad de los conceptos, en la intención legislativa del supuesto general de los arts. 841 al 847 del CC, que persigue que el testador pueda distribuir sus bienes según entienda conveniente, pero sin desfavorecer al legitimario que va a percibir su derecho en efectivo no hereditario, y en los antecedentes legislativos de esta norma. En cuanto a este último elemento, tanto en el Proyecto de Ley del Gobierno como en la Aprobación Inicial del Proyecto por el Congreso se le confería al conmutante la opción de compensar en efectivo la legítima o la porción hereditaria que le correspondiera a los conmutados.<sup>807</sup> Conjunción «o» que claramente sugiere que el testador puede otorgarle al perceptor del metálico, alternativamente, su cuota legitimaria o una cuantía mayor a esta.

Opinamos también que la totalidad de la cuota o porción hereditaria está protegida con la garantía del art. 844.2 del CC. Así lo sugiere la literalidad del precepto al establecer que el incumplimiento del pago total en metálico de la porción hereditaria, sin hacer distinciones entre la parte de la cuota que es legítima y aquella que no lo es, será lo que provocará que los bienes hereditarios sean distribuidos mediante el proceso de partición normal. A lo que se añade que la norma de los arts. 841 y ss. del CC está ubicada en la octava sección del capítulo II: De la Herencia titulada «Pago de la porción hereditaria en casos especiales», lo que lleva a inferir que todos los efectos y garantías de este supuesto son aplicables al pago íntegro de la cuota y no solo a la parte compuesta por la legítima.

---

<sup>807</sup> Véase: B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Proyecto de Ley, I Legislatura, Serie A: Proyecto de Ley, núm. 71-I, *supra.*, pág. 343; B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Informe de la Ponencia, I Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 71 – I (3), *supra.*, págs. 348/40 - 348/41; B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Dictamen de la Comisión y Enmiendas, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 71 – II, *supra.*, pág. 348/77; B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Aprobación por el Congreso, Serie A: Proyecto de Ley, Núm. 71 – III, *supra.*, pág. 348/117; B.O.C.G., Senado, Texto Remitido por el Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (a), *supra.*, pág. 29.

Más significativo aún es la explicación que el Grupo Parlamentario UCD en el Senado le otorgó a la enmienda 119 que sirvió de inspiración al texto que finalmente propuso el Pleno del Senado y que, a su vez, es, prácticamente, igual al texto vigente del art. 844 del CC, con la salvedad de que antes se concedían 6 meses, desde la apertura de la sucesión, para comunicar la decisión de conmutar y en el Congreso, definitivamente, se otorgó un año. Esta no solo valida nuestro planteamiento de que la cuota hereditaria puede tener un contenido superior a la legítima, sino que confirma que la garantía del art. 844.2 del CC se extiende a la totalidad de la porción hereditaria, mientras la reserva del art. 806 del CC garantiza el abono de la legítima individual. En lo pertinente, dicho texto lee:

«...los descendientes afectados no son legatarios de cantidad, sino que, al menos por lo que hace a la legítima, son titulares de una porción de la herencia reservada por la ley a su favor (cfr. artículo 806 C.c.). Tanto por lo que dice a la legítima como a la cuota hereditaria (más amplia) que el testador les haya dejado (incluso a título de legado de parte alícuota), los hijos o descendientes son cotitulares del activo hereditario, lo que no se opone a que el valor de esa cuota se les satisfaga en dinero. Más esto no quiere decir, claro está, que mientras no se les pague, tengan la consideración de simples titulares de un derecho de crédito contra la herencia».<sup>808</sup>

Ante lo previamente señalado, parece que no se puede tomar como categóricamente cierta la expresión de cierto estudioso<sup>809</sup>, en cuanto a que en el supuesto del art. 841 del CC no se mejora cuantitativamente al adjudicatario de algunos o todos los bienes hereditarios. Todo dependerá de si esa denominada «porción o cuota hereditaria» solo incluye a la parte legal o cuota legitimaria correspondiente al legitimario, que debe percibirla en efectivo, o si se excede de esta.

Finalmente, el cuarto complemento funcional del art. 841 del CC se encuentra en el art. 844, específicamente, en su apartado primero. En este se establece que la decisión de conmutar debe ser comunicada a los afectados, dentro del término de caducidad de un año a partir de la apertura de la sucesión.<sup>810</sup> Significa que dentro de ese plazo, y analizando

---

<sup>808</sup> B.O.C.G., Senado, Enmiendas, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (c), *supra.*, pág. 103. Consulte, además, B.O.C.G., Senado, Enmiendas Aprobadas por el Senado, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (f), *supra.*, pág. 281; B.O.C.G., Senado, Informe de la Ponencia, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (d), *supra.*, págs. 139 – 140.

<sup>809</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 498.

<sup>810</sup> Este artículo es, duramente, criticado por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, págs. 279 – 280, al entender que este primer plazo de un año podría dejar inoperante la normativa contenida en los arts. 841 al 847 del CC. Según su parecer, este plazo es admisible si es el testador el que concede la facultad de conmutación a los legitimarios adjudicatarios. Sin embargo, puede resultar más difícil su cumplimiento si es el contador partidor, testamentario o dativo, el que debe decidir si le otorga o no dicha potestad a los

conjuntamente los arts. 842 y 844.1 del CC, todos los legitimarios adjudicatarios deberán, en primer lugar, decidir pagar en efectivo los derechos de los legitimarios no adjudicatarios y, en segundo lugar, comunicar su determinación a estos. En esta misma comunicación, o en otra posterior, se puede incluir la propuesta de liquidación de la herencia, en la que se establezca el valor asignado a la cuota hereditaria que se debe abonar a los conmutados en efectivo extrahereditario. De forma que, conforme el art. 843 del CC, se pueda obtener, respecto a esta, la confirmación unánime y expresa de todos los hijos o descendientes legitimarios o, en su defecto, la aprobación del Notario o el Letrado de la Administración de Justicia.

Tanto el sometimiento de la propuesta como su confirmación o aprobación, son etapas previas y necesarias al abono en efectivo de los derechos de los conmutados. El primer trámite debería, por lógica, ocurrir, igualmente, dentro del año de la muerte del causante, puesto que los legitimarios adjudicatarios deben estar informados de la responsabilidad que van asumir, si efectivamente deciden conmutar la porción hereditaria de los perceptores del metálico. Mientras, la confirmación o aprobación de la propuesta debería suceder, también, dentro del año de la apertura de la sucesión o después, pero siempre antes del pago, de manera que este no se atrase más allá del plazo legal o convencional para satisfacerlo. Ya que se debe haber definido la cantidad concreta que hay que compensar a los perceptores del metálico, antes de que los conmutantes cumplan con abonarla.<sup>811</sup>

---

conmutantes. Ya que la decisión puede originarse después de la apertura de la sucesión, aunque antes de que transcurra el año, lo que va implicar una reducción en el término. Además de que los contadores partidores pueden abstenerse de tomar la decisión dentro del plazo, provocando, no solo la exigencia de responsabilidad en su contra, sino, también, que no se materialice el derecho de conmutación. Mayor complicación se presenta si el nombramiento del contador partidario dativo se autoriza transcurrido el término de los potenciales adjudicatarios para comunicar la decisión de conmutar los derechos de los posibles perceptores del metálico. En ese sentido, puede consultarse, además, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 962.

<sup>811</sup> Véase: LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 88 – 92, 93 y 96; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 962; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 844», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6253 – 6254; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, págs. 156 – 159; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, págs. 494 - 495; RDGRN núm. 8561 de 18 de julio de 2016, *supra.*; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M<sup>a</sup>, *op. cit.*, pág. 1024, coincide al comentar «Yo creo que el plazo de un año desde la apertura de la sucesión está pensado más que para la comunicación en sí, para la aceptación de la partición inicial». Al favorecer esta perspectiva, PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, pág. 1441, añade que al someter la propuesta de liquidación de la herencia junto con la notificación de la decisión de conmutar, esta debe contar con el consentimiento de todos los legitimarios o, supletoriamente, con la aprobación del Letrado de la Administración de Justicia o el Notario. Aunque, entiende que sería suficiente, para evitar que los trámites procesales del art. 843 del CC afecten al conmutante, que dicha propuesta haya sido presentada al Notario o al Letrado de la Administración de Justicia dentro del término de un año desde la apertura de la sucesión.

De acuerdo al TS, la comunicación de la decisión de conmutar debe ser realizada por los legitimarios adjudicatarios a cada uno de los legitimarios conmutados y la misma debe ser expresa, no tácita, y de forma fehaciente.<sup>812</sup> La doctrina científica<sup>813</sup> ha mantenido igual parecer e incluso ha expresado que la mejor forma de notificación debe ser la notarial porque se puede preservar constancia no solo del envío por el conmutante, sino de su recibo por el conmutado. Desde que el adjudicatario comunique su decisión de pago en metálico, esta le resultará vinculante. Sin embargo, esta vinculación quedará sin efectos si el resto de adjudicatarios, de ser más de uno, no remitió su decisión de conmutar a cada uno de los perceptores del metálico dentro del plazo de un año desde la muerte del testador. A lo que se añade que no solo la decisión de ejercer la opción de conmutar debe ser comunicada a los legitimarios afectados de una manera fehaciente, de forma que pueda ser probada ante el tribunal, sino también la de realizar la partición normal. Esto porque una vez tomada la decisión, en una u otra dirección, la misma será irrevocable, no podrá ser variada unilateralmente por los legitimarios adjudicatarios y los legitimarios no adjudicatarios podrán exigir su pago en efectivo no hereditario. Además, se clarifica que de haber más de un adjudicatario y más de un conmutado, cada uno de los primeros deberá remitir su decisión a

---

<sup>812</sup> En concreto, el más alto tribunal determinó: «...la autorización concedida al contador – partididor para nada suple el ejercicio de la facultad conferida a los herederos de poder optar a la adjudicación propuesta, con la correspondiente compensación en metálico respecto de los demás legitimarios. **Derecho de opción que, una vez ejercitado, sólo a ellos como titulares del mismo, les compete comunicar al resto de legitimarios afectados por su decisión (art. 844 del Código Civil). ... la comunicación no podrá efectuarla el contador partididor testamentario, sino los herederos facultados para ello. Dicha comunicación deberá ser expresa e individual a cada preceptor de la legítima.** Por lo demás, al no exigirse una determinada forma especial, será de interés del heredero la forma de notificación que elija en orden a la prueba del envío y de la recepción del mismo. ...el mero envío ... del cuaderno particional, aun protocolizado y elevado a escritura pública, no cumple con el requisito de comunicación previsto en el art. 844, conforme a la interpretación que esta Sala entiende que es la correcta. De modo que debe señalarse que la notificación, propiamente dicha, se llevó a efecto con la escritura de 30 de noviembre de 2005 en donde se ofrecía el pago en metálico de la legítima...». (Énfasis suplido). STS núm. 604 de 22 de octubre de 2012, *supra*. Sobre este aspecto, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 844», *op. cit.*, pág. 6254, manifiesta que «... no producirán los efectos de la comunicación expresa los actos de aceptación tácita de la herencia llevados a cabo por los conmutados como, por ejemplo, la venta de bienes relictos». Esto, evidentemente, porque una cosa es la fase de aceptación de la herencia y otra la de ejercer la facultad de conmutar, cuyo acto podría implicar, también, una aceptación presunta de la herencia.

<sup>813</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1531; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 844 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, pág. 1174; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 842 – 843», *op. cit.*, pág. 6251 y «Comentario al Artículo 844», *op. cit.*, pág. 6253; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M<sup>a</sup>, *op. cit.*, pág. 1024; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, págs. 492 y 494 – 495; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *op. cit.*, pág. 580; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 962; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 63 y 95; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 280.

cada uno de los segundos, ya sea que lo hagan a través de una comunicación colectiva o individual dirigida, respectivamente, a cada perceptor de la cuota hereditaria.

De igual forma, en el art. 844.1 del CC se dispone que, salvo pacto en contrario<sup>814</sup>, es norma general que el abono del efectivo no hereditario a los conmutados se realice en el término de caducidad de otro año más.<sup>815</sup> A este respecto, un sector de la doctrina, con el que coincidimos, ha argumentado que este plazo de un año comenzará a contarse a partir de la fecha en que la comunicación con la decisión de conmutar le fue remitida al último legitimario conmutado, en el caso de que no hubiera sido enviada conjuntamente. Siempre considerando que el término máximo será de dos años, si es que la comunicación se efectuó el último día viable para cumplir con esta.<sup>816</sup> Distintamente, es el criterio de otro autor que el conmutante tiene solo un período total de dos años, desde la muerte del testador, para cumplir con el requisito de abonarle en efectivo la porción hereditaria a los conmutados, puesto que el

---

<sup>814</sup> Para LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 495, solo los conmutantes y conmutados pueden pactar un término diferente para la compensación de la porción hereditaria de estos últimos. No cree posible que la orden de cambio en el plazo provenga del testador, considerando que las legítimas son materia indisponible para este. Por su parte, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 962 – 963, coincide en que los legitimarios son los que pueden acordar un término distinto para abonar el pago en dinero del derecho de los conmutados. Y que, incluso, tal acuerdo podría resultar en el establecimiento de diversos plazos para cada uno de ellos. Sin embargo, sugiere la posibilidad de que el causante pueda extender el plazo para abonar la cuota de los no adjudicatarios si una explotación económica es parte del caudal relicto. Idea que sustenta en el hecho de que a través del art. 1056.2 del CC el término para efectuar el pago se puede extender hasta un máximo de 5 años. Más categóricamente, plantea que es permisible que el testador reduzca dicho plazo porque tal proceder no constituye una afectación al derecho de los legitimarios. Estamos de acuerdo en que los adjudicatarios y no adjudicatarios pueden acordar el término de pago que les sea más conveniente. Incluso, que el testador podría definir un plazo más corto que el señalado en la norma, por ser una acción que no afectaría los derechos de ninguna de las partes. En cambio, diferimos en que el testador pueda extender el plazo dispuesto por la ley, ya que tal acto supondría un gravamen sobre la legítima que está impedido por el art. 813 del CC. Todo porque el plazo para el pago es imperativo para el testador y solo potestativo para los descendientes legitimarios. Véase, además, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 87 y 96 – 97; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, págs. 575 – 576; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 844», *op. cit.*, pág. 6255.

<sup>815</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 965, piensa que será suficiente que el legitimario conmutante ofrezca el pago y consigne la suma adeudada en el tribunal, en el caso de que el legitimario conmutado se niegue a aceptar el mismo. Este proceder evitará que la partición se torne ineficaz.

<sup>816</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1532. Véase, además, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario a los Artículos 842, 843 y 844 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 504; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 495; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 280; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *op. cit.*, pág. 580.



artículo no alude expresamente a que el segundo plazo de un año debe contarse desde la comunicación de la determinación de conmutar.<sup>817</sup>

La responsabilidad de velar porque este plazo, y el anterior, no caduquen es de los conmutantes, considerando que son los beneficiarios del patrimonio hereditario del causante. Por tanto, si el adjudicatario se percata que, al inicio del cómputo de este año adicional o durante un tiempo razonable dentro del mismo, el perceptor del metálico no ha confirmado la liquidación de la herencia y la cuantía fijada a sus haberes, deberá buscar la aprobación del Letrado de la Administración de Justicia o la del Notario. Pudiera ocurrir que los legitimarios no adjudicatarios, en oposición a la determinación tomada por el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia, entablen un juicio ordinario para cuestionar la procedencia de la compensación en efectivo o la cuantía asignada a su porción hereditaria. De darse esta discrepancia de criterio entre los conmutantes y los conmutados sobre el dinero a ser abonado a estos últimos, el TS ha resuelto que el período de un año para hacer dicho pago deberá empezar a contar cuando la sentencia en torno a esta controversia sea firme.<sup>818</sup>

Significa que el término adicional de un año para que los conmutantes hagan el pago de la cuota de los conmutados puede comenzar a contar en dos momentos distintos, dependiendo de la circunstancia fáctica que se suscite. Como norma general, si todos los legitimarios están de acuerdo con el importe de la cantidad calculada para la cuota hereditaria del conmutado o se consiguió la aprobación del Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, este otro plazo de un año empezará a computarse a partir de la fecha en que el conmutante remitió la comunicación de su decisión de conmutar al último legitimario no adjudicatario. Por el contrario, y como circunstancia particular, si los perceptores del metálico iniciaron un procedimiento ordinario para impugnar la decisión del Notario o la del Letrado de la Administración de Justicia, entonces, dicho término comenzará a contarse desde que sea firme la sentencia que determine la cantidad que los adjudicatarios les deben pagar. Entendemos que esta interpretación correctora evita que se torne inoperante lo

---

<sup>817</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 844», *op. cit.*, págs. 6254 - 6255. Sobre este aspecto, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 844 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1174, considera que el plazo de un año para el pago inicia cuando el último adjudicatario, de ser varios, acepta la conmutación.

<sup>818</sup> En específico, el más alto tribunal determinó que: «1. Una vez realizada la partición, se ofreció a las nietas de la causante, ahora recurrentes, el pago de las cantidades resultantes, de acuerdo con las operaciones de cálculo llevada a cabo por la contadora partidora y que este pago fue rechazado. 2. Como consecuencia de la sentencia de la 1ª instancia, se modificaron las cantidades a abonar, pero la sentencia aun [sic] no es firme porque las nietas han seguido recurriendo. **Solo [sic] en el momento en que sea firme la sentencia que condena al pago de la cantidad de 43.424,05€ a cada legitimaria, empezará a contar el segundo plazo de un año para el pago en metálico de la legítima**». (Énfasis suplido). STS núm. 524 de 18 de julio de 2012, *supra*.

previsto en los arts. 841 al 847 del CC, a la vez que solo permite la prolongación del mencionado plazo ante una situación excepcional y fuera del control del legitimario adjudicatario, que es sobre quien recae la responsabilidad del ejercicio de la facultad de conmutación, que a nuestro parecer culmina con el abono de la porción de los legitimarios no adjudicatarios en dinero extrahereditario.<sup>819</sup>

Esta posibilidad de aplazamiento del pago hasta el término máximo normal de dos años<sup>820</sup>, como discutido previamente, no se prevé en los arts. 821, 829, 1062.1 del CC, ni tampoco se preveía en el texto del anterior art. 1056.2 del CC. Sin embargo, para los legitimarios conmutados objeto de estudio, el mismo constituye una afectación al principio de intangibilidad cualitativa, en su vertiente relacionada con la no imposición de gravamen, según definido en el art. 813 del CC, aunque permitido legalmente. Esto implica que, mediante la normativa contenida en los arts. 841 al 847 del CC, a los legitimarios conmutados aunque se les protege la intangibilidad cuantitativa de su legítima, en cambio se les vulnera la intangibilidad cualitativa de esta, en sus dos vertientes. Por un lado, se les paga

---

<sup>819</sup> Véase: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 962. Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 844», *op. cit.*, pág. 6254, opina que el plazo de dos años para cumplir con el pago será aplicable en el caso en que todos los legitimarios acuerden el valor de la cuota hereditaria de los perceptores del metálico o esta haya sido aprobada por el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario. Sin embargo, si se inicia un juicio declarativo para cuestionar la aprobación del Notario o el Letrado de la Administración de Justicia obtenida en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, respecto a la cuantía asignada a la cuota hereditaria de los conmutados, el plazo de dos años deberá suspenderse hasta que sea final y firme la sentencia que se dicte para determinar la cantidad concreta que ha de pagarse al no adjudicatario. Mientras, PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, págs. 1393 y 1440, sugiere que el plazo para el pago debe comenzar a contarse desde que se realice la liquidación de la herencia, estableciéndose la cantidad que los conmutantes deberán satisfacer a los conmutados por su porción hereditaria. Adhiriéndose parcialmente a la tesis de PANTALEÓN PRIETO, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 90 – 96, considera que el plazo para el pago deberá comenzar a contarse a partir de que se realice la conmutación, es decir, cuando la unanimidad de legitimarios confirmen la partición inicial o el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario le confiera su aprobación. Más específicamente, la autora señala: «[e]se “otro año más” para el pago comenzará a correr antes del año de la apertura de la sucesión si la partición fue confirmada dentro del primer año o cuando recaiga la resolución judicial aprobatoria, si hubiera surgido algún conflicto entre los interesados, aunque tal resolución recaiga después de dos años desde la apertura de la sucesión». (esp. en la pág. 96). Para que esto sea posible, la autora señala que es necesario que los conmutantes hubieran sometido la propuesta de liquidación dentro del primer año de la muerte del causante y en ese mismo término haberla presentado, luego de haberle dado un tiempo razonable a los perceptores del metálico para que la revisaran y estos no haber confirmado las mismas, para la aprobación del Letrado de la Administración de Justicia o el Notario. Véase, además, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, págs. 158 – 159.

<sup>820</sup> Al analizar estos dos plazos de un año cada uno, la Audiencia Provincial de Castellón expresó lo siguiente: «Se trata de plazos preclusivos, de suerte que si expiran sin que se haya comunicado la decisión de conmutar o se haya pagado, la facultad de que gozan los titulares de la conmutación (la decisión de hacer el pago en metálico) se extingue y la partición deberá realizarse conforme a las reglas generales de la partición según resulta del propio artículo 844 CC, esto es, mediante la adjudicación de bienes hereditarios en pago de la legítima». SAP de Castellón, núm. 39, de 28 de mayo de 2013, Sección 1ª, (ROJ 430/2013). Véase, además, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 279.

su legítima en dinero extrahereditario y, por otro lado, se les impone el gravamen de tener que esperar, al menos dos años, para que la compensación de su derecho le sea provista.

Al momento, la pregunta obligada sería: ¿qué justifica tal proceder legislativo? Consideramos que, sin duda, tiene que ver con la existencia de un interés mayor relacionado con: (1) facilitar la partición y distribución de las herencias para que no se produzcan disputas familiares; (2) evitar que los bienes desmerezcan o se pierdan ante la imposibilidad o dificultad de realizar su partición; (3) impedir que se generen pérdidas en la economía, por no mantener el flujo de los bienes en el mercado; (4) responder con premura por las deudas del causante ante sus acreedores y (5) beneficiar prontamente las arcas del Estado, a través del pago del impuesto de sucesiones. En fin, para lograr fines loables como son la convivencia familiar y alcanzar la armonía y estabilidad social.

### § 3

#### **EFFECTIVIDAD DE LA TITULARIDAD DE LOS LEGITIMARIOS CONMUTANTES SOBRE LOS BIENES ADJUDICADOS**

De todo lo señalado, es preciso analizar en qué momento, previo al pago en efectivo de la porción hereditaria del conmutado, si alguno, el legitimario adjudicatario adquiere la titularidad exclusiva de los bienes asignados por el testador, o el cónyuge fiduciario o el contador partidor, según se alude en el art. 1068 del CC. En otras palabras, si la titularidad de los conmutantes sobre los bienes asignados es efectiva al provenir de una partición definitiva, aunque resoluble, o si, por el contrario, esta no es plena por ser el resultado de una norma particional extraordinaria o partición imperfecta, cuya perfección está sujeta por la ley al cumplimiento de una serie de requisitos constitutivos, cada uno de estos, de una condición suspensiva. Este asunto no es uno pacífico en la doctrina. Sin embargo, esta divergencia de criterios se puede estructurar en tres tesis principales: (1) aquella que considera que la adjudicación es plena por ser producto de una partición definitiva, para algunos desde el momento en que los conmutantes ejercen la facultad de conmutar y para otros desde la liquidación de las cuotas a pagar, aunque resoluble, por virtud de una condición resolutoria; (2) aquella que entiende que la adjudicación es total por ser producto de una partición perfecta, aunque resoluble, por razón de un modo; y (3) aquella que sostiene que la adjudicación de los bienes no es efectiva porque proviene de una partición imperfecta, condicional, no definitiva que supedita la misma a la realización de una condición suspensiva.

Algunos autores<sup>821</sup> que defienden la primera tesis doctrinal sostienen que la partición se perfecciona desde el momento en que el legitimario adjudicatario le notifica a los perceptores del metálico su decisión de ejercer la facultad de conmutación. A pesar de ser perfecta, sin embargo, la misma está sujeta a una condición resolutoria, que no es otra que el impago. Otra autora partidaria de esta tesis no asume una postura en cuanto al instante concreto en que se hace efectiva la partición y, por ende, la adjudicación de los bienes<sup>822</sup>, porque considera que «...cualquiera que sea el momento en que los adjudicatarios adquieren los bienes, la realidad es que los adquieren, y cuando se produce la adquisición, excluyen a los legitimarios de la titularidad sobre aquéllos».<sup>823</sup> Bajo esta premisa, es su parecer que aunque la adjudicación efectuada conforme al art. 841 del CC sea resoluble, tal realidad no contradice el hecho de que esta es efectiva y válida hasta el justo momento en que el adjudicatario incumple el pago de la cuota correspondiente al legitimario conmutado. De

---

<sup>821</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, op. cit., págs. 118, 161 – 162. Véase, además, TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», op. cit., pág. 139. Como una de las justificaciones a este parecer, ambos autores aluden al art. 847 del CC, específicamente a su último inciso, para expresar que «[e]l interés, referido a una cantidad líquida de dinero, implica que las adjudicaciones de bienes son plenas antes del pago, y, a la ventaja de la propiedad (resoluble) de los mismos, se contrapone, justamente, el devengo del interés legal». TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», op. cit., pág. 138; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, op. cit., pág. 164. Para un examen de otros fundamentos en los que se valida esta postura doctrinal, puede verse: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, op. cit., págs. 162 – 165. En términos similares, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, op. cit., págs. 491, 492 y 495, sostiene que el adjudicatario no tendrá una titularidad concreta sobre los bienes del caudal relicto en el periodo que va desde la muerte del causante hasta que efectivamente comunique a los no adjudicatarios su decisión de conmutar su cuota hereditaria. Durante esta situación de pendencia, el conmutante solo tendrá la potestad de optar. Significa que hasta que no se manifieste sobre este particular, respecto al patrimonio hereditario, no podrá efectuar por sí mismo aquellos actos que en una comunidad de herederos exigen la unanimidad. De realizar actos dispositivos sobre el caudal, estos serán claudicantes, pues solo podrán confirmarse con el ejercicio y comunicación de la opción de conmutar. Decisión que si no se comunica hará ineficaces tales actos administrativos o dispositivos. En cambio, desde que comunique su determinación de conmutar y hasta que pague la cuota de los conmutados, será resoluble la titularidad del adjudicatario sobre los bienes de la herencia.

<sup>822</sup> Sin embargo, en ocasiones, REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., pág. 87, emplea expresiones que pudieran sugerir que se inclina por pensar que bajo el supuesto general de pago en metálico de los arts. 841 y ss. del CC, los legitimarios conmutantes son titulares de los bienes, incluso, desde antes de que opten por ejercitar la facultad de conmutar. Es decir, desde que estos les fueron asignados por el testador o el contador partidor. Tal apreciación, se manifiesta en el siguiente comentario: «De cualquier forma, desde que el adjudicatario deviene titular de los bienes adjudicados desaparece la comunidad hereditaria sobre ellos (si es que la hubo en algún momento), y puede afirmarse sin miedo (por lo menos desde entonces) que los legitimarios no son titulares de lo adjudicado, puesto que ni pueden exigir que se les pague con bienes de la herencia, ni tienen facultades sobre los mismos si se les paga el dinero que se les debe». Examínese, además, las páginas 86 a la 87 y 96 de este libro, donde esta autora alude a que si la adjudicación la realizó el testador, entonces, la partición es definitiva desde su fallecimiento, no existió nunca la comunidad hereditaria sobre los bienes repartidos y el conmutado esta impedido de promover el juicio de testamentaria porque ya los bienes fueron adjudicados. Puede revisarse, también, a REAL PÉREZ, A., *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, op. cit., pág. 447, véase, además, las páginas 446 y 457 - 458.

<sup>823</sup> REAL PÉREZ, A., *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, op. cit., pág. 444, *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., pág. 84.

esta forma, esta autora visualiza los requerimientos contenidos en la normativa de los arts. 841 al 847 del CC, más que como requisitos para la efectividad de la adjudicación como exigencias para garantizar la compensación a los conmutados.<sup>824</sup> Por último, otro sector de la doctrina<sup>825</sup> también se inclina por la primera tesis, aunque entendiendo que la partición y, por tanto, la adjudicación es efectiva desde el momento de la liquidación de la herencia y de la fijación de las cantidades a pagar a los conmutados.<sup>826</sup>

Distintamente, otro autor<sup>827</sup> se inclina por la segunda tesis doctrinal porque entiende que la adjudicación que se posibilita a través del art. 841 del CC tiene eficacia inmediata con la responsabilidad de tener que cumplir después con el pago en efectivo de la cuota correspondiente a los conmutados. Por lo cual, es su parecer que si el adjudicatario no cumple con el modo o la obligación que le está gravando, ya sea por testamento o por la ley, el legitimario conmutado puede exigir su cumplimiento o su revocación, conforme el art. 797 del CC. Bajo este contexto, se piensa que «...no hay una condición suspensiva que limite la titularidad del heredero sobre los bienes adjudicados, ni una suerte de *ius retentionis* que pueda ejercitar el legitimario sobre los bienes del caudal mientras no se le pague el metálico, pues ha sido apartado *ab initio* por el testador». Tal apreciación la mantiene, aunque entiende que hasta que el adjudicatario no ejercite la opción de conmutar, este no puede realizar con el caudal relicto aquellos actos que, en una comunidad hereditaria, requieren del acuerdo unánime.

---

<sup>824</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., págs. 82, 84 – 88 y *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, op. cit., págs. 442 - 448.

<sup>825</sup> BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 844 del Código Civil», op. cit., pág. 1174; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», op. cit., págs. 1391, 1394 – 1407, 1410, 1440, 1443 y 1446 – 1448, considera que la conmutación es un verdadero acto particional, es decir, una partición parcial, desde la liquidación de la herencia y fijación de la suma a pagar a los no adjudicatarios; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., págs. 61, 64, 65, 66 y 95.

<sup>826</sup> En cuanto a este tema, en el siglo 20, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», op. cit., págs. 148, 157 – 158, 169, mantuvo una postura menos clara. Esto debido a que en ocasiones este autor emitía expresiones de las cuales se podía inferir que apoyaba la tercera tesis doctrinal, mientras de otras, efectuadas, incluso, dentro de un mismo escrito, se podía concluir que este favorecía la primera tesis. (Para examinar lo comentado, pueden consultar la referencia indicada). Más recientemente, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, op. cit., págs. 285 – 286, ha realizado unas expresiones que, a pesar de que mantienen la confusión señalada, nos parece que tienden a apoyar más la tercera tesis doctrinal.

<sup>827</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, op. cit., págs. 51 y 52 - 54.

De otra parte, los autores<sup>828</sup> que se decantan por la tercera tesis doctrinal, que es la teoría con la cual coincidimos, afirman que la asignación total o parcial de los bienes de la herencia, a alguno o a varios hijos o descendientes legitimarios, es una potencialmente claudicante. Esto debido a que la misma puede ser afectada por cualquiera de las siguientes consideraciones. Por un lado, que los legitimarios adjudicatarios no alcancen la unanimidad requerida para tomar la decisión de conmutar en metálico no hereditario la porción correspondiente a los legitimarios conmutados. Por otro lado, aun logrando el común acuerdo sobre este particular, la atribución de los bienes relictos puede claudicar si los conmutantes dejan caducar el término establecido para notificar la decisión o el período legalmente señalado o acordado para satisfacer el pago de la cuota hereditaria del legitimario afectado por la conmutación. Esto implica que desde la muerte del causante hasta el pago de la cuota correspondiente al legitimario conmutado, la titularidad del adjudicatario no es sólida, pues solo tiene una facultad de optar sometida a una serie de requisitos que debe cumplir para que esta y, por ende, su titularidad sea efectiva.

Otro defensor de la tercera tesis doctrinal afirma que cuando todos los herederos confirman la partición o esta es autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, la misma se convierte «...de provisional en definitiva; de mero proyecto en partición perfeccionada, susceptible, por tanto, de acceder al Registro de la Propiedad».<sup>829</sup> No obstante, reconoce que el acceso de esta partición al Registro como, también, su efecto en relación al contenido del art. 1068 del CC, puede ser pleno o estar supeditado a limitaciones, dependiendo de las circunstancias que rodearon la misma. Precisamente, una de esas situaciones fácticas, que, por ser la norma general, es la que se entiende que se regula como parte de la normativa contenida en los arts. 841 y ss. del CC, es aquella donde la partición es confirmada o aprobada, pero los adjudicatarios difieren el pago a los legitimarios conmutados, por el plazo de dos años que dispone la ley o por aquel que las partes hayan acordado. Esta circunstancia hará la partición condicional, por lo que al inscribirse desvelará que la efectividad de la titularidad de los adjudicatarios sobre los bienes depende de que se cumpla con el pago de la porción hereditaria de los conmutados. De forma que los bienes retornarán a la comunidad hereditaria, cuya titularidad sobre ellos se ha mantenido

---

<sup>828</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1522, 1532 – 1533, 1537 - 1538. También, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, pág. 122 y «Comentario a los Artículos 842, 843 y 844 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 507.

<sup>829</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M<sup>a</sup>, *op. cit.*, págs. 1029 y, además, la 1026.

expectante, si dicho abono no se efectúa y si al efectuar la partición general el mismo no le es atribuido al legitimario adjudicatario.<sup>830</sup>

Todo lo mencionado, hasta el momento, lleva a cuestionarse si en algún instante el conmutado y el conmutante forman parte de la comunidad hereditaria o esta es, exclusivamente, integrada por los legitimarios adjudicatarios. De igual forma, surge la interrogante de cuáles serían las garantías con las que podría contar el conmutado para asegurarse de recibir el pago de su porción hereditaria. En fin, si estas garantías se activan conjuntamente o si, por el contrario, no pueden converger. Cada una de estas preguntas serán atendidas en la próxima sección.

#### § 4

### **GARANTÍAS PARA EL PAGO DE LA LEGÍTIMA ABONADA EN DINERO NO HEREDITARIO Y CONSECUENCIAS DE SU IMPAGO**

Resulta un tanto contradictorio, en cuanto a las garantías conferidas a los conmutados, la normativa dispuesta en el art. 844 del CC. Por un lado, en su apartado primero se establece, en lo pertinente, que «[c]orresponderán al perceptor de la cantidad las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad». En concreto, esta sección se refiere a la posibilidad que la LH de 1946 le brinda al legatario, que no puede promover el juicio de testamentaria<sup>831</sup>, de pedir, dentro de los 180 días de la muerte del testador, la anotación

---

<sup>830</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, págs. 1027, nota 115, citando a ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, volumen II, 7<sup>a</sup> edición, pág. 749, y la 1029. Además de la circunstancia mencionada, SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, págs. 1029 – 1032, alude a otras dos que, aunque no son la norma, pudieran también suscitarse. Una tiene que ver con la posibilidad de que, luego de decidir conmutar y en el justo momento en que se confirme o apruebe la partición, los adjudicatarios abonen en efectivo la cuota correspondiente a los conmutados. Ante este acto, «...la partición queda definitivamente consumada, adquiriendo los adjudicatarios de bienes la propiedad exclusiva de los mismos, que pueden inscribir en el Registro sin ningún tipo de limitación o condicionamiento..., no quedando a los perceptores del metálico otra garantía que la del ejercicio, en su caso, de la acción de rescisión por lesión (ex arts. 1074 y ss. CC)». La tercera y última alternativa sería que entre los legitimarios, conmutantes y conmutados, se acordara que en vez de que el pago implicara una condición constituyera una obligación. Esto, para este autor, es perfectamente permisible porque si el legitimario puede perfectamente renunciar a su derecho a la legítima, en análisis combinado de los artículos 6.2 y 816 del CC, es, igualmente, posible que establezca cualquier acuerdo respecto al pago de la misma. Tal supuesto permitiría que, desde el momento del convenio, la partición surtiera todos sus efectos y que ante el impago de los adjudicatarios no se activara el efecto resolutorio de la facultad de conmutación del artículo 844.2, sino más bien la responsabilidad universal patrimonial que, por el incumplimiento de una obligación, le brinda el art. 1911 del CC a todo acreedor. Ante este contexto fáctico es que este autor considera aplicable las garantías legales del legatario de cantidad y la mención del art. 15 de la LH, a ser discutidas en la próxima sección.

<sup>831</sup> Sobre este particular, VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, pág. 69, nota 93, hace la siguiente aclaración: «Aun cuando el artículo 42-7 de la Ley hipotecaria reserva esta anotación preventiva a los legatarios que carezcan de legitimación activa para promover el juicio de testamentaria, esta limitación no se aplica a los legitimarios equiparados a los legatarios de cantidad; brevemente, tales legitimarios están legitimados para promoverlo, por analogía con la interpretación dada al art. 15 de la Ley citada y porque, de no ser así, la remisión del art. 844-1, *in fine*, del Código Civil carecería de entidad sustantiva». LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho*

preventiva de su valor sobre cualquier bien de la herencia que resulte suficiente para satisfacerlo, siempre que no haya sido legado a nadie en particular y sin importar que los bienes ya estén anotados a favor de otros legatarios de cantidad.<sup>832</sup> Dentro de ese mismo plazo, los herederos están impedidos de anotar su derecho o inscribir a su favor los bienes del caudal relicto, a menos que los legatarios renuncien en escritura pública a su derecho de anotación.<sup>833</sup> De esta manera, se evita que se confundan los bienes propios del heredero con los hereditarios objeto de anotación preventiva, «...en la sujeción de los mismos a la necesidad de responder de forma específica por el valor del legado anotado y en una reserva de rango hipotecario que, al impedir al heredero la inscripción a su favor, de hecho, le limita la facultad dispositiva».<sup>834</sup> A lo que se añade que la finalidad de la anotación preventiva no es imposibilitar «...los actos dispositivos del heredero adjudicatario, sino ... impedir que el tercero de buena fe alegue a su favor, frente al anotante, la eficacia de la fe pública registral».<sup>835</sup>

Tal recurso registral, analizando en conjunto los arts. 87.2 y 153 del RH de 1947 y el art. 844 del CC, solo puede peticionarse mientras el pago del legado no sea exigible legalmente mediante una demanda judicial.<sup>836</sup> En cuanto a su vigencia, ordinariamente, caduca al año de la fecha en que se efectuó la anotación. No obstante, se establece que «[s]i

---

*Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 495 y DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *op. cit.*, pág. 581, también, piensan que las garantías del legatario son unas de las que le son aplicables al descendientes legitimario no adjudicatario.

<sup>832</sup> Arts. 42.7 y 48 de la LH, *supra*. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 963. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 286, opina que este plazo de 180 días debe contarse «...desde que estén fijadas las sumas que haya que abonar, pues, de otro modo, la anotación no podría practicarse». Interpretación razonable considerando que el contenido de las normas de la LH de 1946 se basan en el supuesto normal de un legado de cantidad definido en el testamento y bajo los arts. 841 y ss. del CC la cuantía solo se fija al instante de la liquidación. Igual criterio mantienen: PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, pág. 1444 y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 100.

<sup>833</sup> Art. 49 de la LH, *supra*.

<sup>834</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, pág. 70. Aunque, este autor clarifica que la remisión que el art. 844.1 del CC hace a la anotación preventiva del art. 48 de la LH de 1946 no se trata de una verdadera hipoteca porque no está provista de la acción real que antes contemplaba la legítima catalana pagada en dinero y que hoy día resulta ser un derecho de crédito que carece no solo de protección real sino también registral. (esp. en la pág. 75, nota 104, citando a ROCA TRÍAS, E, «De la Llegítima a la Legítima», en *RJC*, 4, 2010, págs. 197 y ss.

<sup>835</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 138; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 963.

<sup>836</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 139.



el legado no fuere exigible a los 10 meses», la vigencia de la anotación preventiva puede ser extendida por dos meses más, a ser contados desde el momento en que el mismo pueda exigirse.<sup>837</sup> Se ha entendido que ante el impago, esta anotación permitiría que los legitimarios no adjudicatarios pudieran ir contra los bienes anotados para satisfacer su porción con el efectivo conseguido por los mismos. De ahí que esta garantía se vislumbre como «...del tipo de los derechos reales de realización de valor».<sup>838</sup>

Como es evidente, estas garantías legales, al ser débiles, insuficientes y breves, no se ajustan bien a la circunstancia en la que algunos de los legitimarios deben percibir su legítima en efectivo, puesto que este supuesto de hecho resulta ser más acorde con la protección que brinda el art. 15 de la LH.<sup>839</sup> Este artículo permite que, como parte de la inscripción de los

---

<sup>837</sup> Art. 87 de la LH, *supra*. Al analizar conjuntamente el art. 87 de la LH de 1946 y el art. 153.1 del RH, Decreto de 14 de febrero de 1947, *supra*., RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1537, concluye que la anotación preventiva caduca: 1. a los dos meses del año fijado para el pago, salvo que el plazo se hubiera ampliado de común acuerdo, caso en el que los dos meses se contarán desde que expire dicho plazo; 2. si el plazo del año se ha acortado por pacto hay que distinguir: si el plazo convenido es de diez meses o más sin llegar al año, la anotación caducará a los dos meses de vencido el plazo y si dicho plazo fuere inferior al año, desde la fecha de la anotación. Véase, además, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, págs. 286 - 287. Para un mayor detalle y concreción sobre el desarrollo de la salvaguarda de la anotación preventiva, puede revisar los arts. 48 al 54 y 87 al 91 de la legislación mencionada. Igualmente, puede examinarse los arts. 147 al 154 del RH, *supra*.

<sup>838</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 964 y 965. Por su parte, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 101 - 102, considera, y con justa razón, dificultoso que esta garantía de la anotación preventiva del legatario de cantidad sea funcional en el contexto de los hijos o descendientes que son llamados a percibir su legítima en efectivo extrahereditario. Primero, los conmutados, hasta el efectivo pago de su porción, más que un derecho de realización de valor tienen la potestad de exigir que todos los bienes hereditarios se incluyan en el patrimonio a repartirse. Segundo, transcurridos más de 180 días de la muerte del causante, los herederos adjudicatarios no podrán inscribir a su favor los bienes adjudicados porque conforme el art. 80.2 del RH de 1947 para dicha inscripción se requiere el documento donde se evidencie la aceptación de los conmutantes y la confirmación del resto de hijos o descendientes o, en su defecto, la aprobación del Letrado de la Administración de Justicia o el Notario. Tercero, es cuestionable que sin el consentimiento unánime de los hijos o descendientes sea completamente eficaz la anotación preventiva realizada sobre los bienes inmuebles adjudicados. Cuarto, entre los legitimarios conmutados esta anotación no surtirá los mismos efectos que tiene entre los legatarios de cantidad. Por ejemplo, ante una partición normal, provocada por el impago de los adjudicatarios, los conmutados que hubieran anotado preventivamente su derecho, dentro del término de 180 días desde la muerte del causante, no podrán oponer preferencia para el cobro, respecto a aquellos que no la realizaron o la hicieron después de vencido el plazo. En la partición se incluirán todos los bienes hereditarios adjudicados originalmente al conmutante. Piensa esta autora que los efectos propios de la anotación preventiva del legatario de cantidad, tal vez puedan manifestarse entre los perceptores del metálico, si esta recae sobre un bien determinado que ha sido atribuido por el testador a alguno de los conmutantes, disponiendo que el mismo sea imputado al tercio libre. Bajo este supuesto, y ante el impago, el bien podría ser excluido de la partición normal. Fundamenta su criterio, que expone con muchas dudas y reservas, en el art. 846 del CC. También, cree posible que este tipo de anotación surta todos sus efectos si el conmutado, o la unanimidad de conmutados, en el caso de que sean varios, renuncia a la eventual partición normal, convirtiéndose solo en acreedor de los adjudicatarios.

<sup>839</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, pág. 122. Véase, además, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1536 - 1537; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 140; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.

bienes hereditarios, se haga mención de los derechos del legatario de parte alícuota que no puede recurrir a un juicio de testamentaría porque el heredero puede pagar su cuota en efectivo. Tal acto se hará a través de «...los documentos en cuya virtud se inscriban los bienes a favor de los herederos, aunque en aquéllos no hayan tenido intervención los legitimarios».<sup>840</sup> Al tratar de explicar el significado jurídico del recurso de la mención, se ha comentado que se trata de «...una verdadera inscripción, una expresión registral de efectos análogos a los de una anotación preventiva, que exige que los derechos legitimarios consten en la titulación sucesoria del heredero por ser la propia legítima la que accede al Registro junto con la inscripción de los bienes concretos a nombre del heredero».<sup>841</sup>

El término de caducidad de esta mención es de cinco años, a partir de la fecha en que la misma fue incluida, hasta un máximo de veinte años del momento en que falleció el causante.<sup>842</sup> En este tiempo, todos los bienes del caudal relicto «...quedarán solidariamente afectos al pago de la legítima...».<sup>843</sup> Lo que significa que «...la inscripción de la legítima conmutada produce una carga real a modo de hipoteca general o solidaria sobre todos los bienes de la herencia..., incluso contra terceros amparados por la fe pública registral...».<sup>844</sup> Aunque, el precepto establece, claramente, que la «...mención quedará sin efecto ... si el legitimario hubiese aceptado bienes determinados o cantidad cierta para pago de dicha legítima o concretado su garantía sobre uno o más inmuebles de la herencia».<sup>845</sup> Esta atribución «...de bienes concretos para pago o su afección en garantía de las legítimas, se hará constar por nota marginal».<sup>846</sup>

Ante lo señalado, se recomienda utilizar no solo el recurso de la anotación preventiva sino, además, la mención de los derechos del legitimario conmutado dentro de la inscripción

---

de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 495; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *op. cit.*, pág. 581.

<sup>840</sup> Art. 15 de la LH, *supra*.

<sup>841</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, pág. 66.

<sup>842</sup> Art. 15 (a) y (b) - 1 de la LH, *supra*.

<sup>843</sup> Art. 15 (a) y (b) - 1 de la LH, *supra*.

<sup>844</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, pág. 66, citando a ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, III, 6ª edición, Barcelona, 1968, págs. 898, nota 1, 894 y ss., 904 y ss. Véase, además, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 103, aludiendo a ROCA SASTRE, R. M. y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, J. L., *Derecho Hipotecario*, III, 7ª edición, Barcelona, 1979, pág. 807.

<sup>845</sup> Art. 15 (a) y (b) - 3 de la LH, *supra*.

<sup>846</sup> Art. 15 de la LH, *supra*.

de los bienes hereditarios, que se viabiliza mediante el art. 15 de la LH de 1946, por ser más práctico en términos de garantía registral. Esto porque se considera que son figuras jurídicas compatibles y complementarias entre sí.<sup>847</sup> Igualmente, se sugiere que los legitimarios apartados de los bienes pueden acudir al art. 80.2 del RH de 1947, que resulta ser una especificación del art. 15 de la LH de 1946, al aludir expresamente a las garantías registrales existentes ante el supuesto de los arts. 841 y ss. del CC.<sup>848</sup> Aunque, nosotros coincidimos con la idea de que los derechos de los conmutados están suficientemente protegidos a través de la garantía registral del art. 80.2 del RH de 1947<sup>849</sup>, cuyo texto dispone lo siguiente:

«2. La inscripción de las adjudicaciones de bienes hereditarios a alguno o algunos de los hijos o descendientes con obligación de pago en metálico de la porción hereditaria de los demás legitimarios, expresará que las adjudicaciones se verifican con arreglo al artículo 844 del Código Civil, y se llevarán a cabo: a) Si se trata de adjudicación practicada por el testador, en virtud del testamento de éste si la contuviere, y, en otro caso, se acompañará, además, la escritura pública en que se contenga. b) Si se trata de adjudicación practicada por contador – partidor, en virtud del testamento del causante, de la escritura pública otorgada por aquel [sic] en que se contenga la adjudicación con fijación de la cuantía de los haberes de los legitimarios y, en su caso, del documento público acreditativo de haberse conferido al contador dativo tal facultad. En ambos supuestos deberá acompañarse el documento en que conste la aceptación del adjudicatario o adjudicatarios y el que acredite la confirmación de los demás hijos o descendientes o la aprobación judicial. El pago de la porción hereditaria de los legitimarios se hará constar por nota marginal mediante el documento público que lo acredite».

Claro está, hay que tener en cuenta que este tipo de garantías registrales solo resultan aplicables cuando existen bienes inmuebles en la herencia. ¿Qué ocurriría si dentro del

---

<sup>847</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, op. cit., pág. 71. Véase, además, la discusión elaborada en las páginas 64 a la 70. Igual criterio, respecto a estos dos tipos de garantías, mantiene SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M<sup>a</sup>., op. cit., págs. 1031 – 1032, citando a ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, volumen III, 7<sup>a</sup> edición, pág. 789, al expresar lo siguiente: «...ambas garantías, de concurrir, protegen momentos diferentes del fenómeno que desemboca en el pago efectivo en metálico de las legítimas. Y una vez hayan accedido las dos al Registro, al proteger ambas el mismo interés, su operatividad es la misma, a saber, evitar que el juego de la fe pública del Registro haga prácticamente inoperante el pago de las legítimas de metálico, a través de posibles actos de enajenación o de gravamen de los bienes inmuebles hereditarios por parte de los asignatarios de los bienes».

<sup>848</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», op. cit., págs. 138 – 140; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 844 del Código Civil», op. cit., pág. 1175. Por su parte, REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., pág. 97, entiende que al supuesto general de pago en metálico de la legítima solo le son aplicables las garantías del art. 15 de la LH de 1946 y el art. 80.2 del RH de 1947.

<sup>849</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Pago de la Porción Hereditaria...», op. cit., pág. 1377, opina que desde que existe el art. 80.2 del RH es innecesario recurrir a la garantía del art. 15 de la LH. Favorecen, también, esta perspectiva: LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., págs. 103, 104 y 113, pues considera que la garantía del art. 15 de la LH fue prevista para una legítima cuya naturaleza jurídica se concibe como *pars valoris* o *pars valoris bonorum* y la del conmutado persiste como *pars bonorum*, aunque sea abonada en efectivo extrahereditario; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8<sup>a</sup>: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», op. cit., págs. 964 y 965.

caudal hereditario hubiera bienes de otra naturaleza? ¿Cómo se le garantizaría el pago de su cuota hereditaria al legitimario conmutado?

Si el caudal relicto está integrado, principalmente, por bienes muebles, los legitimarios conmutados pueden proteger sus intereses a través de la aplicación de alguna de las medidas cautelares incluidas en los arts. 721 y ss. de la LEC de 2000.<sup>850</sup> Se ha contemplado, también, al aplicar analógicamente el contenido del art. 800 del CC al supuesto estudiado, la opción de permitirle al instituido conmutante entrar en posesión de los bienes adjudicados, bajo la condición resolutoria o suspensiva potestativa negativa, a cambio de que abone una fianza. La justificación de la petición de esta fianza radica en que la consolidación de la partición depende de que el adjudicatario pague en efectivo no hereditario la cuota que le corresponde a los conmutados. Si el conmutante no desea satisfacer la fianza, empleando el sistema de garantía del art. 801 del CC, la herencia se pondrá en administración hasta que este cumpla con la condición de pago, único acto que le provee la plena adquisición sobre los bienes hereditarios.<sup>851</sup>

Además, precisamente, para asegurar de forma más amplia y contundente los derechos del legitimario que recibe su cuota en dinero, el legislador incluyó la garantía contenida en el art. 844.2 del CC. Mediante este segundo apartado se enfatiza en que la facultad de conmutación conferida al legitimario adjudicatario será resuelta si este no emite el pago en metálico de la porción correspondiente al conmutado, dentro del término de caducidad de un año. Específicamente, esta sección dispone que «[t]ranscurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o el contador partidor y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición».<sup>852</sup> Al interpretar este apartado se ha manifestado que la garantía que contiene ejemplifica una clara diferenciación entre la protección de los legitimarios que reciben su porción hereditaria en metálico y la de los legatarios de cantidad. En concreto, se ha expresado que la garantía del art. 844.2 del CC, junto con la posibilidad de oponerse, conforme al art. 1082 del CC, a la distribución de los bienes hasta que efectivamente se les

---

<sup>850</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 138; Véase, además, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7 de 8 de enero de 2000, última revisión del 4 de noviembre de 2017.

<sup>851</sup> Véase, además, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 964 – 965; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, págs. 1450 - 1452; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 111 – 112.

<sup>852</sup> Esta garantía es inclusiva porque se activa tanto ante el transcurso del plazo legal como del pactado. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 96.

pague, le confiere a los legitimarios conmutados una mayor seguridad de abono de su cuota, puesto que afecta a todos los bienes del caudal relicto, sin importar su naturaleza, en claro contraste con la situación de un mero legatario de cantidad.<sup>853</sup>

Igualmente, se ha interpretado que inmersa en el apartado segundo del art. 844 del CC se encuentra una condición, que sin importar su naturaleza, «constituye una cautela efectiva». Esta garantía, sin duda, es más segura que la mención del art. 15 de la LH porque puede ser efectiva no solo ante los bienes inmuebles de una herencia, sino también ante los muebles.<sup>854</sup> En términos más amplios, algún autor<sup>855</sup> ha planteado que la existencia de la que denomina como *conditio iuris*, que en términos operativo funciona como una condición suspensiva, provoca cuatro circunstancias principales: (1) suspende el efecto que tiene una partición definitiva, según dispuesto en el art. 1068 del CC, es decir, el conferir la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados; (2) sujeta la efectividad de la titularidad que los conmutantes tienen sobre los bienes asignados al acto de pagar en dinero la legítima de los conmutados; (3) deja latente, hasta el cumplimiento del pago, la comunidad hereditaria entre conmutantes y conmutados, por virtud de la garantía del art. 806 del CC; y (4) mantiene la proyección *erga omnes* de los derechos de los legitimarios, a causa del art. 806 del CC.

Coincidimos con la apreciación de que el art. 844.2 del CC provee una enorme protección a los derechos de los legitimarios conmutados. La asignación de los bienes al legitimario adjudicatario está sometida a la condición suspensiva de que se lleve acabo el pago en metálico extrahereditario de la porción correspondiente al conmutado. Lo que significa que los derechos del adjudicatario sobre los bienes solo se harán efectivos ante el abono, dentro de los términos dispuestos por el artículo, de la porción hereditaria del hijo o descendiente legitimario que debe recibir su cuota en efectivo. Esta circunstancia debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad para proveerle mayores garantías y protección al legitimario conmutado. Así se pone de manifiesto en las siguientes dos consideraciones. De una parte, en la exposición de motivos del Real Decreto 3215/1982 de 12 de diciembre, que

---

<sup>853</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, op. cit., pág. 77. Véase, además, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 844», op. cit., pág. 6257; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, op. cit., pág. 495; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, op. cit., pág. 581; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», op. cit., pág. 964; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «La Reforma, en el Derecho de Sucesiones», op. cit., pág. 199; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., pág. 111 y 112.

<sup>854</sup> MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «“Quo Legítima Tangitur”: La Intangibilidad Cualitativa de la Legítima», op. cit., pág. 147.

<sup>855</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. Mª., op. cit., págs. 1026 – 1027.

fue una de las normas que enmendó el RH de 1947, se alude a que «en aras de la adaptación al Código Civil se precisan los documentos necesarios para que la adjudicación al hijo o descendiente con obligación de pago en metálico de las cuotas de los demás, acceda al Registro y el saludable aviso de que los terceros conozcan el **carácter claudicante** de la inscripción así practicada, a menos que conste la nota marginal de pago de las porciones hereditarias de los legitimarios».<sup>856</sup> De otra parte, el art. 51.6 del RH de 1947 ratifica lo previamente expresado al disponer, en lo esencial, que «[p]ara dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas[,] resolutorias o de otro orden, establecidas en aquél».<sup>857</sup>

De lo señalado, se desprende que si se entiende que el derecho de los adjudicatarios está sujeto a una condición resolutoria<sup>858</sup>, aunque estos puedan enajenar los bienes atribuidos, sin requerir el consentimiento de los conmutados, la constancia de esta circunstancia en el Registro de la Propiedad impedirá que los terceros adquirentes de los bienes sean

---

<sup>856</sup> RD 3215/1982, de 12 de noviembre, por el que se reforman determinados artículos del Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria, como consecuencia de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, BOE núm. 285 de 27 de noviembre de 1982. (Énfasis suplido).

<sup>857</sup> Sobre este asunto, la postura de VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, págs. 122 – 123 y «Comentario a los Artículos 842, 843 y 844 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 507 y 508, se resume en las siguientes expresiones: «Esta disposición implica, pues, la sumisión de toda adjudicación, efectuada al socaire de los arts. 841 y ss., a la condición – que nos inclinamos por entender que es suspensiva – de que se efectúe el pago del metálico, correspondiente a la evaluación de las cuotas que hayan de ser satisfechas en dinero a los legitimarios. Ello explica satisfactoriamente que, en caso de impago, se proceda a repartir la herencia “según las disposiciones generales sobre la partición”. ... El condicionamiento expuesto concuerda con la naturaleza de *pars bonorum*, de la legítima del Código Civil. Deberá consignarse en la escritura de partición con su carácter normal de condición suspensiva, a no ser que prefiera dársele el de condición resolutoria, que también deberá hacerse constar expresamente. Por lo tanto, habrá de constatar, en una u otra forma, en la inscripción que se practique en el Registro de la Propiedad, formando parte integrante de ella. Así el pago del dinero a los legitimarios recipientes se halla dotada de la máxima garantía y no requiere el complemento de anotación preventiva alguna». Véase, además, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1537 – 1538; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 844», *op. cit.*, pág. 6255. Coincidiendo con VALLET DE GOYTISOLO, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 965, manifiesta: «Esta regla implica que la adjudicación de bienes hecha a uno o varios de los legitimarios, conforme a los arts. 841 y ss. del CC, está sometida a la condición, bien suspensiva, bien resolutoria de que se efectúe realmente el pago de las cuotas legitimarias pagaderas en dinero. Ello explica que, en caso de impago, se proceda a repartir la herencia “según las disposiciones sobre la partición”. Naturalmente, dicha condición deberá consignarse en la escritura de partición, y habrá de reflejarse en la eventual inscripción que se practique en el Registro de la Propiedad. Así, la legítima pagadera en dinero se encontrará perfectamente garantizada: por eso el art. 80.2 RH exige para inscribir la partición por la vía de estos artículos la expresa referencia o mención al art. 844 CC. Cabe pensar que ello impide la aparición de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral, pues el carácter claudicante de la adjudicación constará expresamente en el Registro».

<sup>858</sup> Para examinar una discusión entorno a la figura jurídica de la condición resolutoria, véase: DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: Las Relaciones Obligatorias*, Ed. Civitas, S. A., 5ª edición, Madrid, 1996, págs. 367 y 368.

considerados de buena fe puesto que ellos conocían o debían conocer que el derecho de quienes les enajenaron claudicaría ante el impago del dinero extrahereditario a los legitimarios conmutados o si al realizarse la partición general el bien no se le asigna al legitimario conmutante. Es decir, estos debían saber, ya que se sigue de lo inscrito en el Registro, que es público, que al adquirir el bien lo hacían con las mismas reservas que tenía el legitimario adjudicatario. Lo que significa que si el adjudicatario no paga a los conmutados, los bienes revertirán al caudal relicto para ser distribuidos conforme a las reglas generales de la partición.<sup>859</sup>

Por el contrario, si se entiende que el derecho del conmutante está supeditado a una condición suspensiva<sup>860</sup>, perspectiva que favorecemos, aunque efectivamente puede realizar un contrato de compraventa en relación a los bienes asignados, sin el consentimiento de los

---

<sup>859</sup> Apoyada en su tesis de que el conmutante adquiere la titularidad exclusiva de los bienes adjudicados cuando se realiza la conmutación, que, según su parecer, es a partir de que se confirma o aprueba el valor del caudal relicto y la cuantía que se debe abonar al conmutado, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., págs. 64, 109 – 111, argumenta que antes de esta circunstancia, y a pesar de existir una comunidad hereditaria entre legitimarios adjudicatarios y no adjudicatarios, los primeros podrán disponer, condicionalmente, de bienes hereditarios concretos. Hasta que no se materialice la conmutación, los actos dispositivos de bienes hereditarios singulares estarán sometidos a una condición suspensiva. Es decir, su eficacia estará condicionada al cumplimiento de los requisitos necesarios para que se produzca la conmutación: (1) aceptación por los legitimarios adjudicatarios de la facultad de conmutar; (2) que estos comuniquen, dentro del término, su decisión de conmutar; (3) que las operaciones liquidatorias sean confirmadas o aprobadas. Si no se acepta la facultad de conmutación o luego de aceptarla no se comunica la decisión, las enajenaciones solo surtirán todos sus efectos, con carácter retroactivo, si en la partición normal el bien le fue atribuido al disponente. Por el contrario, si el bien enajenado le fue otorgado a otro de los legitimarios, la transmisión se considerará ineficaz al ser realizada por alguien que resultó no ser su titular, sin perjuicio de que el adquirente pueda solicitar una indemnización por daños y perjuicios o de que resulte aplicable el supuesto de la adquisición a *non domino*. (Este criterio la autora lo asume tomando como referencia a la STS de 27 de mayo de 1982, Sala Civil, (RJ 1982/2605), que en lo pertinente dispuso: «... en el supuesto de comunidad hereditaria [es] indudable que el heredero podrá, incluso en estado de indivisión, enajenar por sí mismo, no sólo la cuota o porción ideal que le corresponda en el caudal hereditario, sino igualmente las cosas determinadas comprendidas en él, si bien con eficacia puramente condicional, o sea subordinada en todo caso al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias...». Doctrina que se menciona nuevamente en la STS de 28 de mayo de 1986, Sala Civil, (RJ 1986/2832), al aclarar que la prohibición de que un co-sucesor hereditario enajene bienes concretos del caudal, según «una línea jurisprudencial más evolutiva», «...no se trata de un caso de nulidad del negocio sino de un contrato con eficacia puramente condicional, en cuanto subordinado al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias...». Finalmente, la autora opina que después de la conmutación, toda enajenación o gravamen que los adjudicatarios realicen sobre los bienes hereditarios será válida y eficaz porque con la aprobación de la partición inicial desaparece la comunidad hereditaria entre conmutados y conmutantes, convirtiéndose estos últimos en titulares exclusivos de los bienes adjudicados. Titularidad que aunque resoluble, por estar condicionada al abono del efectivo no hereditario al conmutado, es exclusiva y eficaz. Respecto a los bienes inmuebles, el propio Registro de la Propiedad, conforme el art. 80.2 del RH de 1947 advertirá que las titularidades inscritas no son definitivas, por lo que a los terceros no les será aplicable el principio de la fe pública registral. De realizarse una partición normal, a causa de que el conmutante no cumplió con abonar el dinero, las enajenaciones se tornarán ineficaces y los perceptores del metálico recuperaran su condición de cotitulares del patrimonio hereditario. Los actos dispositivos solo podrían confirmarse si, en la partición normal y definitiva, el bien enajenado recayó en el disponente. Véase, además, PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», op. cit., págs. 1449 – 1450.

<sup>860</sup> Sobre la institución de la condición suspensiva, puede revisarse: DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II...*, op. cit., págs. 353 - 366.

legitimarios que recibirán su cuota en efectivo, la tradición solo se podrá efectuar si se cumple con el pago en metálico de la porción hereditaria de los conmutados o si ante una partición normal los bienes le son asignados al legitimario conmutante. Al surgir esta realidad del Registro de la Propiedad, igualmente, los terceros adquirentes se consideraran que no son de buena fe. De manera que la consolidación de esta enajenación solo se dará si el adjudicatario cumple con la condición suspensiva de pagar el efectivo correspondiente al legitimario conmutado o si el bien le es asignado al conmutante ante un proceso normal de partición. Si esta condición suspensiva no se cumple, los bienes retornarán a la herencia y se dividirán según la regla general de partición hereditaria.<sup>861</sup>

De estos dos enfoques, parece más coherente con la norma de los arts. 841 al 847 del CC y la perspectiva de que la legítima del Código Civil común es en esencia *pars bonorum*, aquel que visualiza que la titularidad del adjudicatario sobre todos o algunos bienes de la herencia, ante el ejercicio positivo de la opción de aceptar la adjudicación ordenada por el testador con la consiguiente carga de pagar en metálico la cuota hereditaria del resto de los hijos o descendientes legitimarios, está sujeta a una condición suspensiva. Claramente, del art. 844.2 del CC se muestra que la consolidación del derecho de los legitimarios conmutantes sobre los bienes asignados, dependerá del efectivo cumplimiento de la condición suspensiva de compensar la porción hereditaria de los conmutados. Tal particularidad, se desvela también del estudio combinado de los arts. 841 y 842 y del hecho de que una vez ejercida la opción de conmutación, esta solo quedará consolidada cuando se cumplan con una serie de requisitos, tratados en la segunda sección, que se encuentran en los arts. 843, 844 y 847 del CC.<sup>862</sup>

---

<sup>861</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, págs. 1026 - 1027. En tanto, es la opinión de RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 844», *op. cit.*, pág. 6256, que la protección de los conmutados frente a terceros se ve un tanto difusa ante: «...los supuestos en que la condición no se haya hecho constar en el Registro de la Propiedad o en el Registro de Bienes Muebles ni dada a conocer a los terceros antes de que adquieran sus derechos, cuando los bienes objeto de disposición no son registrables, pues en tales casos pueden aplicarse las normas protectoras de los terceros de buena fe a título oneroso (arts. 464 CC y 34 LH) y los actos de adquisición serían inatacables, si bien los disponentes responderían frente a los legatarios conmutados por los daños y perjuicios que les hubieran ocasionado».

<sup>862</sup> Respecto a este último precepto, y al justificar que la legítima compensada en efectivo continuaba siendo *pars bonorum* hasta su satisfacción, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos, op. cit.*, pág. 577, expresó: «Confirma, también, este criterio el artículo 847, que sigue la opinión tradicionalmente mantenida por los autores de derecho común en los supuestos de que la legítima pudiese satisfacerse por su estimación en dinero. Opinión que siguieron también los autores castellanos como Angulo..., Tello Fernández... y Ayerve de Ayora – quien distinguió los legados y mandas de bienes concretos que debían apreciarse con relación a la herencia, según el valor de ésta y de aquéllos en el momento de la muerte del causante, y los de cuotas del haber partible a las que debía “hazerse [sic] el aprecio por lo que valen [los bienes] al tiempo que se haze [sic] la partición”...».



Es más que obvio que son diametralmente diferentes las garantías que el apartado primero y segundo del art. 844 del CC le proveen al conmutado para asegurar que su cuota le sea satisfecha. Entonces, la pregunta obligada sería: ¿cuál de los mecanismos de protección se activaría durante el período previo al momento en que el adjudicatario debe hacer el pago? La respuesta a esta interrogante dependerá de si se entiende o no que en algún momento surgió una comunidad hereditaria entre conmutante y conmutado.

Se ha entendido que la comunidad hereditaria entre el legitimario adjudicatario y aquel que debe recibir su porción en dinero no hereditario persiste «...cuando no se consigue la unanimidad de los conmutantes acerca de la decisión de conmutar, cuando no se comunica la decisión de conmutar en el plazo de un año contado desde la apertura de la sucesión y cuando no se paga la suma de dinero a los legitimarios conmutados en el plazo señalado».<sup>863</sup> Tal criterio podría sugerir que no existe comunidad hereditaria entre el conmutante y el conmutado, mientras aún sea viable el pago en metálico. No obstante, hay que cuestionarse si esta apreciación será del todo correcta. Al fin y al cabo, el juicio dependerá de si se concibe que la titulación que el conmutante tiene sobre los bienes adjudicados está sujeta a una condición suspensiva, resolutoria o a un modo.

Si se considera que la obligación de pago en metálico, con el cumplimiento de los consabidos requisitos previos para materializar el mismo, implica una condición suspensiva, entonces, sí habría existido una comunidad hereditaria entre el conmutante y el conmutado, desde la apertura de la sucesión hasta el momento de la compensación. Así lo ha entendido un sector de la doctrina, con el que coincidimos, al afirmar que «[e]n los supuestos regulados por los artículos 841 y ss., aunque el causante haya adjudicado todos los bienes a uno de los legitimarios, la comunidad continúa hasta que, cumplidos los requisitos expresados en los artículos 842 y 844, se efectúa la partición, en la cual se formalizarán las adjudicaciones que, aun cuando, al amparo de los artículos 841 y ss., los efectuó el testador, hasta entonces se hayan en pendencia».<sup>864</sup> Apreciación que es cónsona con los antecedentes legislativos de esta norma. Específicamente, con la justificación que el Grupo Parlamentario UCD le confirió a la enmienda 119, que sirvió de base al vigente art. 844 del CC. En lo pertinente, en

---

<sup>863</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 844», *op. cit.*, pág. 6256. Véase, además, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 77.

<sup>864</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 847 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 516. Véase, además, SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>, *op. cit.*, págs. 1026 – 1027, 1029; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1532 – 1533, 1537 – 1539; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Art. 841 del Código Civil», en *E.C.L.C.*, BIB 2011/6090, Septiembre – 2011, pág. 7, «Comentario al Art. 847 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2 y «Sección 8<sup>a</sup>: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 956 – 958, 959 y 969.

dicho texto se manifestó: «... los hijos o descendientes son cotitulares del activo hereditario, lo que no se opone a que el valor de esa cuota se les satisfaga en dinero. Más esto no quiere decir, claro está, que mientras no se les pague, tengan la consideración de simples titulares de un derecho de crédito contra la herencia. [...] Lo pertinente es, pues, mantener a los hijos o descendientes en su posición de cotitulares de la herencia hasta que se les pague».<sup>865</sup>

Ante tal suceso, en el que el ejercicio de la opción de conmutar implica para el adjudicatario que su titularidad sobre los bienes del caudal relicto está sujeta a la condición suspensiva de que efectúe el pago en metálico de la cuota correspondiente a los demás hijos o descendientes, el derecho del legitimario conmutado está garantizado por el hecho de continuar siendo miembro de la comunidad hereditaria, es decir, por el art. 806 del CC, por el art. 844.2 del CC y por la inscripción de la condición en el Registro de la Propiedad, a través de los arts. 80.2 y 51.6 del RH de 1947. Esta apreciación es cónsona con la esencia de la *pars bonorum* con facultad *solutoria*, que es la que posibilita el concederle a un heredero la facultad, no obligatoria, de compensar en metálico el valor de la porción de bienes de otro legitimario.<sup>866</sup>

Por el contrario, si se piensa que la adquisición del adjudicatario, aunque sometida a una condición resolutoria, es total desde el preciso momento en que este decidió optar por la conmutación hasta, incluso, el sucesivo cumplimiento de cada uno de los requisitos previos al pago, entonces, durante este período no existió una comunidad hereditaria entre conmutante(s) y conmutado(s). Lo que significa que en estas instancias, el derecho del legitimario conmutado estuvo asegurado a través de las dos garantías que provee el art. 844 del CC, ampliadas, como ya se ha comentado, por otros preceptos de la legislación hipotecaria, de la LEC de 2000, en cuanto a las medidas cautelares, y del propio Código Civil, en referencia, entre otras, a aquellas correspondientes a los acreedores del causante.<sup>867</sup>

---

<sup>865</sup> B.O.C.G., Senado, Enmiendas, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (c), *supra.*, pág. 103. Véase, además, B.O.C.G., Senado, Informe de la Ponencia, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (d), *supra.*, págs. 139 – 140; B.O.C.G., Senado, Dictamen de la Comisión, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (e), *supra.*, pág. 208; B.O.C.G., Senado, Enmiendas Aprobadas por el Senado, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (f), *supra.*, pág. 281; Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, Sesión Plenaria Núm. 163, *supra.*, pág. 10016 – 10017; B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Aprobación Definitiva por el Congreso, I Legislatura, Serie A: Proyecto de Ley, Núm. 71-IV, *supra.*, págs. 348/153 – 348/154.

<sup>866</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, págs. 540 y 541.

<sup>867</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, págs. 191, 194 – 208. Aunque con algunos matices, véase: REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 84 – 87 y *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 443 – 444, 446 – 447.

Mientras, en los instantes en que existió comunidad hereditaria entre conmutante(s) y conmutado(s), es decir, el tiempo antes de tomar la determinación de conmutar y ante el impago del adjudicatario, por mantenerse esta latente y activarse nuevamente ante tal suceso, los derechos del legitimario que percibe su legítima en dinero quedan garantizados, respecto al primer supuesto, con su propia cualidad de comuneros de la herencia, es decir, por el art. 806 del CC, y, en cuanto al segundo, además, con el art. 844.2 y la inscripción de la condición en el Registro de la Propiedad, mediante los arts. 80.2 y 51.6 del RH de 1947.

Sin embargo, si se entiende que la titularidad del adjudicatario, a pesar de estar sujeta a una condición resolutoria, es efectiva desde el instante de la liquidación de la herencia y la fijación del valor de la porción correspondiente al legitimario que debe percibirla en metálico y hasta, incluso, el instante previo al pago, entonces, durante este período no existió una comunidad hereditaria entre conmutante(s) y conmutado(s). Esta aseveración implica que ante tal contexto, el derecho del legitimario conmutado estuvo asegurado a través de las dos garantías que provee el art. 844 del CC, ampliadas, como ya se ha discutido, por otros artículos de la legislación hipotecaria, de la LEC de 2000, en relación con las medidas cautelares, y del propio Código Civil, en alusión, entre otras, a aquellas correspondientes a los acreedores del causante.<sup>868</sup> En cambio, en los momentos en que existió comunidad hereditaria entre conmutante(s) y conmutado(s), es decir, el tiempo antes de que se liquidara la herencia y se valorara la porción hereditaria del conmutado y ante el impago del adjudicatario, por mantenerse esta latente y activarse nuevamente ante tal suceso, los derechos del legitimario que percibe su legítima en dinero quedan garantizados, respecto al primer supuesto, por el hecho de ser miembros de la comunidad hereditaria, es decir, por el art. 806 de CC y, en cuanto al segundo, además, con el art. 844.2 del CC y la inscripción de la condición en el Registro de la Propiedad, mediante los arts. 80.2 y 51.6 del RH.

---

<sup>868</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, págs. 1391, 1394 – 1407, 1438 – 1439, 1440, 1446 – 1448 y 1449, visualiza a los conmutados como «titulares de créditos en dinero» contra los conmutantes, desde el instante de la liquidación de la herencia y la fijación de las cantidades a abonar a los perceptores del metálico, acto que considera hace realizable la conmutación, y hasta el momento efectivo del pago; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 844 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1174; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 61, 63 – 64, 65, 90, 96, 98 y 106 – 107, opina, similarmente, que desde que se realiza la conmutación, es decir, cuando los legitimarios confirman las operaciones particionales tendentes a la liquidación de la herencia o estas son supletoriamente aprobadas por el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia, deja de existir una comunidad hereditaria entre los conmutantes y los conmutados. Ante esta circunstancia, los adjudicatarios se convierten en titulares exclusivos de bienes concretos, aunque su titularidad será resoluble hasta el efectivo pago de la cuota de los no adjudicatarios. Mientras, los conmutados pasan a ser titulares de un derecho de crédito, que piensa está asegurado con el art. 806 del CC. Garantía que les permitirá recuperar su condición de cotitulares de la herencia, en caso de que el adjudicatario no les pague su porción dentro del plazo legal o el acordado por las partes interesadas. Más específicamente, esta autora expresa: «...desde la aprobación de la primera partición hasta el pago, [la] titularidad [de los perceptores del metálico] sobre el caudal relicto está en suspenso: si cobran en plazo, la pierden definitivamente, si no cobran, la recuperan retroactivamente». (esp. en la pág. 107).

Por último, si se opina que la asignación de bienes a los legitimarios conmutantes es definitiva aunque esta pueda resolverse por el incumplimiento de la obligación de hacerle el pago en efectivo no hereditario a los conmutados, entonces, desde el momento de la muerte del causante y hasta las sucesivas fases previas al instante de la compensación no existió una comunidad hereditaria entre el adjudicatario y aquel que tiene que percibir su cuota en metálico. En ese sentido, bajo este enfoque, la comunidad hereditaria entre conmutante(s) y conmutado(s) solo puede darse si el adjudicatario no cumple con efectuar el pago dentro del plazo legal o acordado por ambas partes.<sup>869</sup> Ante tal circunstancia de impago, «...no cabe la realización de los inmuebles hereditarios gravados por la anotación preventiva *ex art. 48* de la Ley hipotecaria, sino que el art. 844-2 previene de una forma especial y preferente de hacer efectivo el derecho del legitimario, a saber: la resolución de la opción adoptada por el heredero y la aplicación de las reglas generales de la partición...».<sup>870</sup>

---

<sup>869</sup> Precisamente, en base a este criterio, VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, págs. 60 - 61, destacó lo siguiente: «Notemos, ante todo, que estas medidas de seguridad no chocan entre sí puesto que están referidas a momentos diferentes. Las garantías del legatario actúan, en efecto, desde la apertura de la sucesión, durante el plazo para deliberar y mientras esté pendiente el pago...; en cambio, la facultad de resolver presupone que el heredero ha incumplido total y definitivamente la obligación de pagar la legítima en dinero por la que ha optado. ... En fin, que mientras en la primera late una concepción de la legítima como *pars valoris bonorum*, está en la base de la segunda, como es evidente, la de la *pars bonorum*. ... las garantías del legatario de cantidad suponen, en efecto, la existencia de un crédito en metálico cuyo cumplimiento está asegurado por una afección real de los bienes hereditarios; en cambio, la facultad de resolver implica la persistencia de la comunidad hereditaria, a la que pertenece el legitimario y de la que la conmutación no le ha excluido totalmente».

<sup>870</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, pág. 76. Igual criterio mantiene VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, págs. 576 - 577, aunque con fundamentos diferentes con los que coincidimos plenamente, puesto que para él las adjudicaciones realizadas a través del art. 841 del CC están sometidas a la condición, que se inclina a pensar que es suspensiva, del abono en efectivo de la porción de los no adjudicatarios. Es necesario comentar que hay autores que consideran que el mero incumplimiento del pago ante el vencimiento del plazo no causa automáticamente la resolución de la facultad de conmutación y la aplicación del proceso normal de la partición. Ante este hecho, algunos consideran que serán los legitimarios impagados los que podrán optar entre instar una acción para percibir su porción hereditaria en efectivo extrahereditario o disolver esta modalidad de pago y actualizar su condición de partícipes del caudal relicto, al exigir que se constituya la comunidad hereditaria respecto a los bienes asignados. De manera que si hay varios perceptores del metálico, cada uno podría optar por un mecanismo diferente para satisfacer su derecho. Marco de opciones que explicaría porqué el legislador le confirió las garantías de un legatario de cantidad a un descendiente legitimario conmutado. De elegir la primera alternativa, los no adjudicatarios contarían con las garantías, discutidas previamente, correspondientes a un acreedor especial. Distintamente, si estos seleccionan la segunda gozarán de la garantía que le provee el ser titular de la comunidad hereditaria. Véase: LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 495; REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 88 - 98 y *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 448 - 460; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 964 y 965; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, págs. 209 - 217; SUÁREZ SÁNCHEZ - VENTURA, J. Mª., *op. cit.*, págs. 1029; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 105 y 107 - 109; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 844», *op. cit.*, pág. 6258, nota 10, haciendo referencia a LACRUZ, VALLET DE GOYTISOLO Y BUSTO LAGO. Un criterio similar presentó el Grupo Parlamentario UCD como explicación de su enmienda 119, que constituye la base del vigente art. 844 del CC. Como explicación de la misma, y en lo pertinente, se expresó: «Y con el objeto de no dejar en la incertidumbre qué es lo que haya de hacerse en definitiva con los bienes hereditarios, es

De otra parte, es importante enfatizar que la responsabilidad de pago del adjudicatario no puede ser eludida por el acto de aceptar la herencia a beneficio de inventario.<sup>871</sup> Esto porque tal opción solo puede ser utilizada como medio de protección de su patrimonio contra los acreedores del causante, grupo en el que no se encuentra el conmutado que es un legitimario al cual se le debe respetar su legítima. Además, es necesario entender que esta obligación que tiene el adjudicatario de pagar la legítima de los conmutados no solo nace por la disposición del testador, y la exigencia del estatuto, sino que, también, es el resultado de su propia imposición al optar por la conmutación.<sup>872</sup>

Tampoco es permisible la sustitución del adjudicatario o los adjudicatarios que renuncian o incumplen, en el proceso, con la obligación de compensar en metálico la porción de los legitimarios conmutados. No obstante, tal circunstancia podría darse si el testador la previó a través de la figura jurídica de la sustitución vulgar, siempre que no sea aplicable el derecho de representación, y si su aplicación no resulta en la extensión del término legal para abonar el pago en efectivo de los derechos de los legitimarios no adjudicatarios.<sup>873</sup> A lo que se añade que, por la ya discutida finalidad de la normativa contenida en los arts. 841 al 847 del CC, dicha sustitución debe darse dentro del orden sucesorio de los hijos o descendientes legitimarios.

---

menester clarar [sic] caducada la facultad de pagar en metálico si no se ha ejercitado dentro del plazo legal. Habrá de procederse entonces a realizar una partición en toda regla, lo que no excluye, por supuesto, que mediando el acuerdo de todos los interesados se llegue a la misma solución». B.O.C.G., Senado, Enmiendas, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Proposiciones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (c), *supra.*, págs. 103 - 104. Incluso, se entiende que si hay varios legitimarios impagados, algunos pueden optar por reclamar su cobro en efectivo y otros por requerir su cuota de reserva, constituyéndose entre estos últimos y los conmutantes una comunidad hereditaria. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, págs. 217 - 218; REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 91 y *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, *op. cit.*, pág. 451; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 844», *op. cit.*, pág. 6258, nota 11, haciendo referencia a LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil, V*, Barcelona, 1981, pág. 495; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 287. Más aún, REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 90 y 91 y *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 450 y 452, opina que el legitimario que no ha cobrado, en el tiempo legalmente pautado o convenido, puede ejercitar «una de las alternativas y subsidiariamente la otra».

<sup>871</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, pág. 55; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 844», *op. cit.*, pág. 6257.

<sup>872</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, pág. 55.

<sup>873</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, pág. 122, «Comentario a los Artículos 842, 843 y 844 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 507 - 508, *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, pág. 576. Consulte, también, a ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 965.

§ 5  
**INSTITUCIONES JURÍDICAS SUCESORIAS EXCLUIDAS DE LA  
APLICACIÓN DEL SUPUESTO GENERAL DE PAGO EN METÁLICO**

Los arts. 845 y 846 del CC delimitan dos figuras jurídicas sucesorias a las que no les aplica la normativa sobre el supuesto general de pago en metálico. Por un lado, en el primero se excluye a los legados de cosa específica.<sup>874</sup> Mientras, en el segundo se exceptúan a aquellas «disposiciones particionales del testador señaladas en cosas determinadas», ya se trataran de adjudicaciones realizadas mediante el mecanismo de una partición parcial o de una norma particional. Ambos preceptos, tal vez, tenían más sentido como parte integral del texto del proyecto del gobierno<sup>875</sup>, donde la ley era la que concedía a los hijos o descendientes matrimoniales la facultad de pagar en metálico no hereditario la porción de los no matrimoniales. Razón por la que resultaba lógico aclarar que dicha potestad emanada de la ley estaba subordinada a las disposiciones expresas del causante, es decir, a su voluntad. Máxime cuando a través de estas se alcanzaba, igualmente, el objetivo del proyecto de que la descendencia no matrimonial quedara excluida de la comunidad hereditaria.

Sin embargo, estas normas se convirtieron en superfluas cuando la facultad de conmutación pasó de ser una atribuida *ex lege* a ser otorgada por el testador, el contador partidor testamentario expresamente autorizado por este, el contador partidor dativo o el cónyuge supérstite fiduciario, ya que a la solución propuesta en sus textos se puede llegar sin la necesidad de haberlos redactado. Más aún, si se piensa que debe existir compatibilidad entre ambas disposiciones provenientes del testador, aquella en la que se confiere a alguno de los hijos o descendientes conmutantes la opción de quedarse con la totalidad o parte del caudal relicto del causante a cambio de abonar en efectivo no hereditario la cuota de los descendientes legitimarios conmutados y la que exceptúa ciertos bienes de tal posibilidad.<sup>876</sup>

---

<sup>874</sup> Aunque, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 113, considera que tal salvedad, también, le es aplicable a los legados que no sean de cosa específica, como por ejemplo: los de crédito, los de prestaciones periódicas, los de género, entre otros. Siempre que no afecten la legítima, por ser inoficiosos. Es su criterio que «[e]l pago en metálico de la legítima de alguno de los hijos o descendientes no tiene por qué alterar el sistema sucesorio en lo que no afecte el juego producido entre los propios legitimarios». Véase, además, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil*, V, Barcelona, 1981, pág. 491.

<sup>875</sup> Donde aparecían numeradas como los arts. 844 y 845. PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, pág. 1455; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «La Reforma, en el Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 199.

<sup>876</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, págs. 1413, 1455 y 1456 y «Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 1343 y 1397; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículos 845 y 846 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dir.) M. Albaladejo García, tomo XI, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, pág. 509, *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, pág. 577 y «Nuevos Supuestos de Pago

De ahí que la doctrina se haya visto precisada a elaborar dos posibles significados para estas normas.

Basándose en el tenor literal del supuesto general de pago en metálico<sup>877</sup>, se ha argumentado que quedan excluidas de la aplicación de esta normativa, es decir, de la conmutación, aquellos legados de cosa específica y las disposiciones particionales en cosa determinada que el testador haya otorgado en beneficio de los legitimarios que deben percibir su porción hereditaria en efectivo extrahereditario. Lo que significa que los hijos y descendientes conmutados recibirán estas asignaciones en bienes hereditarios y si las mismas no cubren su cuota, el resto lo tendrán que percibir en dinero no hereditario. Todo es cuestión del respeto a la voluntad del testador. Por lo que, ni este puede ser contradictorio con sus propios actos ni, mucho menos, el contador partidor, sea testamentario o dativo, o el cónyuge fiduciario pueden actuar de manera incompatible con la voluntad del testador.

Otra perspectiva<sup>878</sup> distinta sugiere que los arts. 845 y 846 del CC se refieren a los legados o las disposiciones particionales asignadas por el testador a cualquier persona, sea o no hijo o descendiente legitimario conmutado. A tales adjudicaciones no les resultará aplicable la norma de los arts. 841 y ss. del CC, en el caso de que los hijos o descendientes legitimarios conmutantes acepten la facultad de conmutación. Como tampoco les aplicaría si dicha potestad no se acepta o admitiéndola no se cumple con todos los requisitos que exige este supuesto general para poder abonar en efectivo la cuota del resto de legitimarios. Implica que el bien legado o adjudicado no se incluirá en el proceso de partición que se realice conforme los arts. 841 y 842 del CC, en el caso de aceptación y cumplimiento con la facultad de conmutar, o la que se efectúe por virtud del art. 844.2 del CC, como resultado de la no aceptación de la potestad de conmutación o su incumplimiento. Además, estos preceptos vienen a confirmar que existe diversidad entre el régimen jurídico del supuesto

---

en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, págs. 123 – 124. Véase, además, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, pág. 100; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 845 – 846», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 6259; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, págs. 287 – 288.

<sup>877</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios a los Nuevos Artículos 841 y siguientes...», *op. cit.*, págs. 1397, 1408 y su nota 46, 1413, 1455 – 1456 y «Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 1336 y 1343. Véase, además, a LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 496; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *op. cit.*, pág. 581.

<sup>878</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículos 845 y 846 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 509 – 510; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 40, 45 y 114 - 117; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 952 y 966.

general de pago en metálico de la cuota hereditaria y aquellos en los que se regulan los supuestos concretos de pago en efectivo extrahereditario de la legítima, en clara referencia a los arts. 821, 829, 1056.2 e incluso el 1062.1 del CC.

En definitiva, entendemos que de la lectura de los arts. 845 y 846 del CC y su lógica interrelación con los restantes preceptos de la norma de pago en metálico de la legítima, se puede inferir que se deben respetar las disposiciones testamentarias no inoficiosas en las que el testador lega un bien específico u ordena que en la partición se adjudique una cosa determinada del caudal relicto a un hijo o descendiente legitimario conmutado o a un extraño, cónyuge ascendiente o persona jurídica. No creemos que el legislador haya contemplado esta circunstancia para el caso del conmutante al que el testador le dejó sus bienes hereditarios porque sería incoherente que, además de este total beneficio, le hubiera concedido un legado de cosa específica o un bien determinado, adjudicado parcialmente. Quizás, la misma podría hacerse extensiva si fueran varios los descendientes legitimarios adjudicatarios.<sup>879</sup>

Los bienes legados o adjudicados no se integran como parte de los elementos de la comunidad hereditaria. Significa que se deberá cumplir tanto con los legados de cosa específica como con las disposiciones particionales ordenadas por el testador, sin que a estos les sea aplicable el contenido de los arts. 841 y ss. del CC. Aunque, de tratarse de previsiones particionales para el pago de la cuota de un extraño, las mismas deberán respetar el límite de la legítima y, por tanto, no podrán exceder del tercio de libre disposición. Es decir, no podrán ser inoficiosas. En caso de que alguno de los descendientes legitimarios conmutados resulte ser el favorecido con estas atribuciones particulares, entonces, a la diferencia que pudiera existir entre el valor de la cosa legada o adjudicada y la porción o cuota hereditaria del legitimario conmutado se le podrá aplicar la norma de los arts. 841 al 847 del CC. Es decir, esta diferencia podrá satisfacerse en metálico extrahereditario.<sup>880</sup>

---

<sup>879</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., pág. 115.

<sup>880</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», op. cit., págs. 165 – 166. Véase, además, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 845 – 846», op. cit., pág. 6260; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, op. cit., pág. 101. Por su parte, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., págs. 71 y 72, comenta que los legados de cosa específica o determinada se pueden imputar a cualquiera de los tres tercios de la herencia. Pero que si se imputan a la legítima, lo que falte para completarla será abonado al conmutado en efectivo extrahereditario. Perspectiva que asume bajo su tesis de que solo a la parte de la porción hereditaria del conmutado que sea representativa de la legítima se le aplicará la norma del art. 841 y ss. del CC y su garantía extraordinaria del art. 844.2 del CC, mientras, el resto de la cuota hereditaria, a pesar de entender que también le aplica la norma general de pago en metálico, será considerado y garantizado como un legado de cantidad normal.



## § 6

### EXCEPCIONALIDAD O GENERALIZACIÓN DE LA CONMUTACIÓN EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA

Un sector de la doctrina, con el que coincidimos, considera que la posibilidad de que la legítima de los descendientes pueda pagarse en efectivo no hereditario se generalizó sustancialmente después de la reforma del Código Civil de 1981. Actualmente, es viable que la porción legal de todos los hijos o descendientes legitimarios, excepto uno, al menos, se pague en metálico. Solo se requiere la voluntad del testador, o del cónyuge viudo fiduciario del art. 831, o del contador partidor expresamente autorizado por este o del dativo, sin la necesidad de que haya concurrencia de descendientes de distinta filiación (matrimonial, extramatrimonial o adoptiva), para activar la facultad de conmutación y que el adjudicatario del bien opte por ejercer la misma, dándole cumplimiento a cada uno de los requisitos que posibilitarán que el pago de la legítima de los demás legitimarios sea abonado en metálico extrahereditario y no en bienes de la herencia. Por estas consideraciones, es que se entiende que la norma contenida en los arts. 841 al 847 del CC es una de aplicación general y no excepcional. Más aún, la interpretación extensiva de esta norma se valida en el hecho de que no se exige la presencia de criterio objetivo alguno.<sup>881</sup> Para el legislador lo esencial es que su aplicación, a la misma vez que amplía la posibilidad de distribución sucesoria del testador, no vulnere la intangibilidad cuantitativa de la legítima de los conmutados. En otras palabras, que el no adjudicatario pueda recibir a través del dinero no hereditario un sustituto adecuado del valor de los bienes del caudal relicto al momento de su satisfacción. Para esto, opinan algunos autores, es preciso que el testador conceda la facultad de conmutación y los bienes hereditarios se queden en poder de, por lo menos, un hijo o descendiente legítimo.<sup>882</sup>

---

<sup>881</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, op. cit., págs. 35 – 36, nota 43, refiriéndose al criterio de ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil, V*, Barcelona, 1982, págs. 380 – 381; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil, V*, Barcelona, 1981, pág. 460; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «La Reforma en el Derecho de Sucesiones», op. cit., pág. 196; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, op. cit., págs. 46 y 48; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», op. cit., págs. 950 y 951.

<sup>882</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», op. cit., pág. 141. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, op. cit., págs. 235 - 240 y 243, fundamenta su opinión, de que los arts. 841 y ss. del CC deben ser interpretados de manera extensiva, en que la *ratio* inicial de estos preceptos, que establecía que para su aplicación se requería la concurrencia de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, había sido eliminada. Tal suceso era indicativo de que ya no era necesario que la normativa fuera interpretada restrictivamente. De manera, que esta podría ser ampliada a cualquier supuesto que reuniera los siguientes dos requisitos: (1) voluntad del testador y (2) respeto al principio de intangibilidad cualitativa global de la legítima de los descendientes. Bajo este contexto, se considera extensiva la normativa de los arts. 841 y ss. del CC a los supuestos de acción de complemento de legítima y a la acción de reducción por inoficiosidad, en este último caso siempre que el sujeto pasivo de la acción se trate de un legítimo. Véase, además, a: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los

Este parecer no es apoyado del todo por otro autor, puesto que considera que como los arts. 841 y ss. del CC son una excepción al principio de igualdad que se perseguía con la reforma del Código Civil de 1981, los mismos deben ser interpretados de forma restrictiva «...en todo lo que exceda de la finalidad específica de asegurar la indivisión *post mortem* de los bienes hereditarios».<sup>883</sup> Discrepamos de este criterio porque entendemos que la igualdad de esta regla se alcanza mediante el respeto al principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima y en que la facultad de conmutación puede ser asignada por el testador a cualquiera de sus hijos o descendientes legitimarios, sin que la filiación sea un requisito determinante a considerar. Además, este autor entiende que la posibilidad de conmutación de la legítima de algunos descendientes «...sigue siendo excepcional o si se quiere de índole especial» porque los supuestos concretos de pago en metálico están inmersos en este supuesto general, lo que se evidencia del examen de los elementos subjetivos y objetivos que lo integran.<sup>884</sup>

Otro autor que comparte la idea de que la facultad de conmutación de los arts. 841 al 847 es excepcional, fundamenta su criterio en dos consideraciones principales. Primero, la cantidad de requisitos que el adjudicatario de los bienes debe satisfacer para que resulte aplicable la ordenación del abono en efectivo de la legítima.<sup>885</sup> Segundo, que los bienes objeto de la asignación sucesoria deben estar sujetos o al criterio objetivo de indivisión o al de la primacía de la filiación matrimonial sobre la extramatrimonial, dependiendo del tipo de

---

Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, págs. 165 y 167, nota 2. Por su parte, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 288, a pesar de no favorecer la forma en que fue regulada la norma, acepta que los arts. 841 y ss. del CC son elogiados en la medida en que «...han ampliado considerablemente la posibilidad de pagar la legítima en metálico...». Puede verse, además, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, pág. 240; REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 81 y *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, *op. cit.*, págs. 440 - 441.

<sup>883</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, págs. 22 – 23.

<sup>884</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, págs. 23 y 36. Este autor resume su análisis, a nuestro modo de ver, de una manera un tanto ilógica porque, por un lado, afirma que la norma contenida en los arts. 841 y ss. del CC es una amplia excepción a la regla general de pago de la legítima en bienes de la herencia, mientras, por otro lado, expresa que tal circunstancia no la convierte en un supuesto general. En sus propias palabras, este comenta: «Es cierto que la reforma establece una excepción amplia a la regla general del pago de la legítima *in natura*, pero no por amplia deja de ser excepcional. Con toda razón se ha escrito que esta regla general “no ha sido suprimida tampoco (aunque haya recortado su alcance) por la reforma de 1981”, de tal manera que, junto a una intangibilidad global de la legítima, que impide al testador apartar a todos los legitimarios de los bienes de la herencia y del pago *in natura*, cabe hablar de una especie de intangibilidad individual en cuanto que obliga al testador a atribuir tales bienes al menos a uno, al que paga su legítima también *in natura*, con la carga de cumplir en metálico la legítima de los demás; por eso, hay que entender que “la excepción a la regla de satisfacción *individual* de los derechos legitimarios con bienes de la herencia ha llegado a ser, con el art. 841, amplísima, pero sigue siendo una excepción”». págs. 45 y 46, citando a LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil*, V, Barcelona, 1981, y págs. 489 y 490.

<sup>885</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, pág. 1019.

filiación, matrimonial, extramatrimonial, o mixta, que concurra a la sucesión y bajo qué título comparecen, es decir, adjudicatarios o conmutados.<sup>886</sup> Este último planteamiento es totalmente incoherente con los arts. 14 y 39 de la CE de 1978 que promueven la igualdad entre los hijos de diferente filiación. Ideal que se materializó en el art. 108 del CC, como resultado de la reforma del Código Civil de 1981, y que, en lo pertinente, preceptúa que «...[l]a filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos...».<sup>887</sup>

Por último, a pesar de considerar que la aplicación de la normativa contenida en los arts. 841 y ss. del CC no está sujeta a algún criterio objetivo o particular, otra autora, también, apoya el enfoque de que estos preceptos configuran una norma excepcional. Para validar su planteamiento se basa en el hecho de que inmersa en toda la regulación siempre está presente la posibilidad de retornar a las disposiciones generales de la partición. Por un lado, el testador debe decidir si quiere que se pague con metálico la legítima de uno o alguno de sus legitimarios. Luego, el legitimario adjudicatario deberá utilizar la facultad alternativa de seleccionar entre pagar al resto de legitimarios con bienes de la herencia o asumir el pago de la porción de estos con su propio dinero. Finalmente, si el beneficiado incumple con el pago extrahereditario de las legítimas, los afectados podrán exigir, conforme el art. 844.2 del CC, que el caudal hereditario sea distribuido según las normas generales de la partición.<sup>888</sup>

Para nosotros, los arts. 841 al 847 del CC conforman un supuesto general de pago en metálico de la legítima, por varias razones. Primero, su aplicación no está supeditada a la existencia de un factor objetivo. Segundo, la exigencia de cumplir con una serie de requisitos o parámetros restrictivos para que se pueda posibilitar el abono en efectivo no hereditario de la legítima de los conmutados. Tercero, al no estar atado a criterio objetivo alguno, permite que el testador pueda acudir a esta regla para distribuir su herencia a su conveniencia, siempre que entre sus sucesores estén sus hijos o descendientes legitimarios, cuando no pueda cumplir con los elementos objetivos y particulares de las otras normas que hacen factible la compensación en dinero extrahereditario de la legítima. De manera que podría afirmarse que mediante los arts. 841 y ss. del CC, el testador puede ordenar, para cualquier caso o circunstancia, el pago en metálico de la cuota hereditaria de alguno de sus hijos o descendientes legitimarios.

---

<sup>886</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M<sup>a</sup>., *op. cit.*, págs. 1019 - 1021.

<sup>887</sup> Art. 108.2 del CC.

<sup>888</sup> SABORIDO SÁNCHEZ, P., *op. cit.*, págs. 1306 - 1307.

## § 7

### COMPATIBILIDAD VS. INCOMPATIBILIDAD ENTRE LOS SUPUESTOS CONCRETOS Y EL GENERAL DE PAGO EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA

Los artículos que viabilizan el pago en dinero de la legítima ante la existencia de supuestos concretos y objetivos y aquellos que permiten esta posibilidad en términos generales, aunque con algunos parámetros restrictivos, son claramente distinguibles. Por esto, se concurre plenamente con la observación de algún autor en cuanto a que «[e]l examen del nuevo supuesto general previsto en el reformado art. 841 nos lo muestra acompañado de limitaciones y requisitos que no eran exigidos en los supuestos de los artículos 821 y 822 [enmendado e integrado con el anterior], 829 y 1056.[2] [en referencia al precepto antes de su enmienda, aunque aplicable igualmente hoy día], ni ahora puede entenderse que le sean extensivos por tratarse de hipótesis distintas y con unas *justificaciones objetivas* que faltan en los actuales supuestos del art. 841».<sup>889</sup>

Más concretamente, se destaca que a los supuestos de los arts. 821, 829, 1056.2 y 1062 no les aplican los requisitos que sí pueden o deben estar presentes ante el adjudicatario del art. 841 del CC. Es decir: (1) no tienen la opción de pagar la legítima con bienes hereditarios, como permite el art. 842 del CC; (2) no tienen que cumplir con la unanimidad, entre conmutantes y conmutados, que exige el art. 843 del CC, en cuanto a la valoración dada a la cuota correspondiente a los legitimarios que deben recibirla en metálico; y (3) no necesitan obedecer las formalidades y los plazos dispuestos en el art. 844.1 del CC. A esto se añade que la aplicación del art. 1056.2 del CC, como discutido en el capítulo anterior, está sujeta a que la explotación económica sea el único bien que integra el patrimonio hereditario del causante o a que no haya bienes suficientes en la herencia para satisfacer las legítimas. En cambio, el supuesto del art. 841 y ss. del CC puede ser utilizado sin importar que los bienes sean divisibles y que sean suficientes para abonar todas las legítimas. No empece a esta realidad, el testador podrá adjudicarle todo su caudal relicto a uno solo de sus descendientes legitimarios o distribuirlo entre varios de ellos. Además de que la aplicación de los arts. 843 y 844.1 del CC se excluyen expresamente de la partición que se realiza conforme al art. 1056.2 del CC, según la nueva redacción que se realizó en el 2003. Aunque, de no darse el pago en efectivo, el efecto suspensivo sería el mismo, es decir, la liquidación y

---

<sup>889</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas», *op. cit.*, pág. 117, «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 492. Véase, además, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, págs. 950 y 951.

distribución de los bienes hereditarios entre todos.<sup>890</sup> Precisamente, esta disparidad en la naturaleza y razón de ser de estos supuestos, también, valida las exclusiones señaladas en los arts. 845 y 846 del CC.

Cierto autor coincide con que los plazos del art. 844 del CC no son extensivos a ninguno de los supuestos concretos de pago en metálico de la legítima contenidos en los arts. 821 y 829. Si el beneficiado por el legado o la mejora opta por quedarse con lo asignado, el exceso de lo recibido deberá compensarlo, sin demora, a aquellos que resultaron afectados por dicha atribución.<sup>891</sup> Igualmente, este concurre en que al art. 1056.2 del CC, en referencia al enmendado texto que trataba sobre la adjudicación de la explotación a uno o varios hijos para evitar su fraccionamiento y por el interés familiar, aunque igualmente pertinente al contenido del vigente artículo, no le aplica la posibilidad que el art. 842 del CC le ofrece al legitimario conmutante de optar entre pagar la legítima de los demás en efectivo o con bienes de la herencia.<sup>892</sup> Esto debido a que para el adjudicatario del art. 1056.2, tal responsabilidad constituye una carga y no una facultad.<sup>893</sup> En definitiva, opina que la normativa de los arts. 841 y ss. del CC no debe hacerse extensiva a los antiguos supuestos de pago en metálico de la legítima porque estos surgieron para atender y resolver casos particulares.<sup>894</sup> Sin embargo,

---

<sup>890</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, pág. 124 y «Comentario a los Artículos 842, 843 y 844 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 509 – 510, en referencia al anterior art. 1056.2 del CC y aún aplicable. Véase, además, MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «“Quo Legítima Tangitur”: La Intangibilidad Cualitativa de la Legítima», *op. cit.*, págs. 147 – 148; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Sección 8ª: Pago de la Porción Hereditaria en Casos Especiales», *op. cit.*, pág. 951; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 48, 124 y 127 - 128, en relación con el enmendado art. 1056.2 del CC y aplicable hoy día.

<sup>891</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, págs. 289 - 290. Aunque, inicialmente, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, págs. 160 – 161, consideraba que no era del todo seguro que los arts. 843 y 844 resultaran inaplicables al supuesto del art. 829 del CC. Para conocer los fundamentos en los que se basó este autor, puede examinarse la referencia indicada.

<sup>892</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, pág. 149. Véase, además, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 123 y 127.

<sup>893</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, pág. 149. Véase, además, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, pág. 230; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 46, 123 y 127.

<sup>894</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, págs. 289 y 290. No obstante, es necesario apuntalar que para la década de los noventa, este autor tenía otro parecer. En sus propias palabras: «Se dirá que el estudio del primer tema (situación anterior a la reforma) tiene ya escaso interés porque el problema planteado acerca del pretendido carácter excepcional de los preceptos que permitían adjudicar todos los bienes hereditarios a un hijo o descendiente, ordenando el pago en metálico de la legítima de los demás, ha sido resuelto por el legislador de 1981 en el sentido de otorgar carácter general a lo que antes sólo era una excepción. Sin embargo, la cuestión no es, a mi juicio, baladí porque si se entiende, como efectivamente entendí yo, que también antes era posible lo que ahora se permite expresamente, no ha habido en rigor un cambio de sistema y consiguientemente ésta es una razón – aunque no la única – que permitiría sostener la aplicabilidad de los

en el caso de la mejora en cosa determinada del art. 829 del CC, este entiende que al mejorado le es aplicable una opción similar a la que el art. 842 del CC le provee al adjudicatario del bien. Sobre el particular, plantea que: «...el precepto responde al interés del mejorado y será éste por consiguiente el que tendrá derecho a decidir si el objeto de la mejora se reduce *in natura* (caso de que la cosa sea divisible) o si prefiere quedarse con la cosa por entero abonando la diferencia en metálico. La decisión en un sentido o en otro si los destinatarios de la cosa objeto de la mejora son varios ha de ser adoptada, creemos, por unanimidad».<sup>895</sup>

También, se ha entendido que la específica finalidad de los arts. 841 y ss. del CC es conservar los bienes del causante por ser representativos, principalmente, de una explotación mercantil o económica, y que, por ello, existe no solo compatibilidad sino interdependencia entre los arts. 841 y 1056.2 del CC. Ya que la interpretación extensiva del texto anterior del art. 1056.2 sirvió de base para justificar la esencia o intención misma del art. 841 del CC.<sup>896</sup> De otra parte, este coincide en que lo dispuesto en el art. 844.2, respecto a la aplicación de las normas generales de partición ante el impago del legitimario conmutante, también sería viable ante el supuesto contenido en el art. 1056.2 del CC.<sup>897</sup>

## § 8

### EXPOSICIÓN DOCTRINAL SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA PAGADA EN DINERO EN BASE A UN CRITERIO GENERAL

El tema de la naturaleza jurídica de la legítima, después de la incorporación de los arts. 841 al 847 del CC debido a la reforma de 1981, no es uno pacífico en la doctrina. Hay

---

nuevos preceptos a los supuestos regulados por los antiguos». «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, pág. 128. Véase, además, las págs. 141 y la 148.

<sup>895</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 289, «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, pág. 150. Véase, además, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico de la Legítima...*, *op. cit.*, pág. 230, discrepa de esta apreciación porque entiende, siguiendo el criterio de PANTALEÓN, que el texto del art. 829 del CC no apoya la existencia de un doble régimen jurídico para el supuesto de hecho de la mejora en cosa determinada, dependiendo de si el bien objeto de esta es o no indivisible. Al respecto, sus palabras concretas son: «De la Cámara parece partir de que la cosa o cosas objeto de la mejora pueden ser divisibles, lo que justificaría la posibilidad de efectuar la reducción *in natura*. Sin embargo, en el caso de existir verdadera indivisibilidad, si el mejorado quiere quedarse con la totalidad de la cosa, a nuestro juicio, la obligación del abono en metálico es una carga idéntica a la que grava al adjudicatario del artículo 1.056.2. De esta manera, si hemos partido de que en el artículo 829 está implícitamente presente el requisito de la indivisibilidad, no hay otra conclusión posible que entender que se trata de una carga. El tenor literal del artículo confirma esta interpretación cuando, refiriéndose al mejorado, no dice que podrá, sino que “deberá éste abonar la diferencia en metálico”».

<sup>896</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, pág. 19.

<sup>897</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., *El Pago en Metálico de la Legítima de los Descendientes*, *op. cit.*, pág. 20.

diversidad de opiniones sobre el particular que van desde las más extremas a las más conservadoras. Cada una de estas dirigidas a contestar la interrogante de si esta normativa, que provee un supuesto general de pago en metálico de la legítima individual, ha implicado o no un cambio en la configuración de la institución legitimaria del Derecho de sucesiones del Código Civil Común. Ante este hecho, se procederá a presentar las distintas perspectivas elaboradas por la doctrina. De igual forma, se asumirá una postura respecto a si en efecto ha variado la naturaleza de la legítima del CC o si, a pesar de haberse generalizado la alternativa de pagar en efectivo la legítima de algunos hijos o descendientes legitimarios, esta continúa siendo, en esencia, *pars bonorum*.

Un sector de la doctrina considera que la naturaleza de la institución jurídica de la legítima persiste como *pars bonorum*, a pesar del supuesto general de pago en efectivo y de que el mismo implica una afectación al principio de intangibilidad cualitativa de esta. Las legítimas de los conmutados mantendrán su esencia de *pars bonorum* hasta que sean satisfechas. Su particularidad será el tener que soportar que su derecho, al ejercerse positivamente la opción de conmutación y cumplirse con los requisitos de la normativa de los arts. 841 al 847 del CC, sea compensado en efectivo no hereditario por el legitimario adjudicatario.<sup>898</sup>

Distintamente, otros autores<sup>899</sup> opinan que aunque en su aplicación colectiva la legítima persiste como *pars bonorum*, en su vertiente individual, al compensarse en dinero que no es parte del caudal relicto, se transforma en *pars valoris bonorum*. Desde esta perspectiva, se justifica la vulneración del principio de intangibilidad cualitativa individual en el hecho de que el mismo es respetado a nivel global. Esto debido a que los bienes hereditarios quedan

---

<sup>898</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Nuevos Supuestos de Pago en Dinero de las Legítimas Después de la Reforma...», *op. cit.*, pág. 123, «Comentario a los Artículos 842, 843 y 844 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 508, *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, *op. cit.*, pág. 577. Véase, además, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1538 – 1539; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 841 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1171; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Conmutación de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 62 - 63; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*, *op. cit.*, págs. 842 – 843; GARCÍAS DE ESPAÑA, E., *op. cit.*, pág. 860. También, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Pago en Metálico de la Legítima de los Hijos o Descendientes...», *op. cit.*, pág. 148, *Compendio de ...*, *op. cit.*, pág. 281, está de acuerdo con este criterio porque entiende que «[e]l legitimario obligado a recibir su legítima en metálico no es un simple acreedor, su legítima no se ha transformado en “pars valoris” ni es tampoco “pars valoris bonorum”... sino que, hasta el pago, tiene la consideración de cotitular del activo hereditario por razón de su porción reservada». Sin embargo, es preciso señalar que la posición que asume este autor es un tanto contraria a su visión de que la adjudicación de los bienes es válida y efectiva desde la liquidación de la herencia y fijación del valor de lo debido al conmutado y que, por tanto, estas, como la partición, son resolubles si el adjudicatario no cumple con dicho pago.

<sup>899</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El Pago en Metálico...*, *op. cit.*, págs. 241 – 242 y 243, refiérase, también, a la página 235. Véase, además, TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 141; VATTIER FUENZALIDA, C., *op. cit.*, pág. 84.

en manos de, al menos, uno de los hijos o descendientes legitimarios. Lo que significa que los legitimarios conmutados no son cotitulares de los bienes de la herencia y solo tienen un derecho de crédito, que está garantizado por la reserva de la *pars bonorum* hasta el momento de su pago en efectivo extrahereditario.

Otra autora, mostrando una posición doctrinal intermedia, afirma que cuando la legítima se abona en dinero no hereditario su naturaleza muta a «...algo más que una *pars valoris*, pero [a] algo diferente que [una] *pars valoris bonorum*...».<sup>900</sup> Criterio que fundamenta en las siguientes consideraciones: (1) el adjudicatario es el titular exclusivo de los bienes hereditarios porque a él es que le fueron asignados, aunque sin definir claramente en que momento se suscita esta adquisición, y, por lo mismo, está obligado a satisfacer en metálico la parte a la que tiene derecho el legitimario conmutado; (2) la adjudicación de los bienes está sujeta a una condición resolutoria y no suspensiva; (3) el conmutado recibe su parte en dinero extrahereditario, por lo que queda excluido de la comunidad hereditaria y por lo tanto no se le puede considerar como titular de los bienes hereditarios; (4) las garantías que el supuesto general de pago en metálico le provee al conmutado difieren de las que se otorgan a un cotitular porque: (a) ante el impago pueden optar entre que se les pague en metálico o en bienes hereditarios; (b) tienen garantías correspondientes a un acreedor, por lo que, pueden oponerse a que los bienes sean distribuidos hasta que se les compense su parte, según se dispone en el art. 1082 del CC; (c) cuentan con las garantías de un legatario de cantidad; (d) pueden hacer que su derecho acceda al Registro de la Propiedad, por virtud del art. 15 de la LH de 1946 y el art. 80.2 del RH de 1947.<sup>901</sup> Por todo esto, esta concluye que la posición jurídica del legitimario que percibe su porción hereditaria en efectivo no es la de un cotitular de los bienes de la herencia, sino más bien «...la de un acreedor especial o privilegiado, puesto que su derecho es garantizado por los bienes hereditarios, que quedan afectos al pago, y, además, tiene acceso al Registro de la Propiedad».<sup>902</sup> En definitiva, es su parecer que «...la legítima es *pars bonorum* salvo cuando es *pars valoris* con determinadas garantías».<sup>903</sup>

---

<sup>900</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., pág. 55, *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, op. cit., pág. 410.

<sup>901</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., págs. 83 - 98, *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, op. cit., págs. 442 - 460.

<sup>902</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., pág. 98, *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, op. cit., pág. 460.

<sup>903</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., pág. 82, *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, op. cit., pág. 441.



Cierto autor<sup>904</sup> no favorece esta postura porque, en términos generales, es su apreciación que las facultades de un legitimario no se ven disminuidas por la simple circunstancia de que se haya optado por abonar su cuota legal en efectivo. No es solo que la legítima, conforme el art. 847 del CC, se deberá fijar considerando el valor que tengan los bienes en el momento en que esta se vaya a liquidar, sino que en caso de que no sea abonada en dinero, se deberá proceder, según el art. 844.2 del CC, a la partición normal de la herencia. Previsión que, más que un derecho de garantía, valida el hecho de que los legitimarios conmutados continúan siendo cotitulares del patrimonio hereditario.

En lo concreto, el estudioso critica esta tesis porque entiende que el legitimario conmutante puede o no llegar a ser el titular exclusivo de los bienes relictos, si es que decide ejercer la facultad de conmutación y finalmente cumple con pagarle en efectivo su porción legal al legitimario conmutado. Hasta que esto suceda, y como se deduce de la norma contenida en el art. 844.2 del CC, persiste una comunidad hereditaria entre ellos. A lo que se añade que, de todos modos, y por virtud del art. 843 del CC, el conmutado no solo tiene interés en la partición, sino que debe consentirla.

También, se critica que se hubiera negado, bajo la justificación de que una posición contraria pondría en cuestionamiento, o haría incoherente, su propia tesis, que una de las normas en las que se evidencia la condición de cotitular del legitimario conmutado es el art. 847 del CC, donde se establece que la legítima debe calcularse considerando el valor que tuvieran los bienes al momento de la partición de la herencia. Para este autor, esta forma de razonar una norma resulta inadmisibles. Es su criterio que de las normas se deben extraer aquella interpretación que sea más razonable y no excluirla simplemente por ser contraria a nuestra visión. Entiende que, contrario a esta lógica, en la tesis criticada, precisamente, se procedió a rechazar la hermenéutica más sensata, puesto que si el art. 847 del CC se analiza en conjunto con el resto de preceptos del supuesto general de pago de la legítima en metálico extrahereditario, es decir, los arts. 841 al 846 del CC, se debería concluir que entre el legitimario conmutante y el conmutado existe una comunidad hereditaria hasta que el primero le abone al segundo su parte en efectivo.

Tampoco se entiende razonable que se considere como un derecho de garantía, y no como una expresión de la cotitularidad de los legitimarios sobre el caudal hereditario, la posibilidad de realizar una partición ordinaria en caso de que no se cumpla con abonar en dinero la cuota legal del legitimario conmutado. Es el parecer de este autor que, más que un

---

<sup>904</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La Legítima en la Sucesión Intestada en el Código Civil*, op. cit., págs. 353 – 356, Tesis Doctoral: «La Legítima en la Sucesión Intestada», op. cit., págs. 578 – 583.

derecho de garantía de un crédito, la facultad de los conmutados de pedir la división de la herencia debe concebirse como la consecuencia natural que valida la existencia de una comunidad hereditaria que, como excepción, la ley había permitido liquidar en efectivo.

Finalmente, plantea que la garantía del legatario de cantidad que se concede al legitimario que debe recibir su porción legal en metálico, dispuesta en la parte final del art. 844.1 del CC, no es justificación suficiente para entender que el conmutado tiene el carácter de un acreedor y que, por lo tanto, se modificó la naturaleza jurídica de la legítima, que generalmente se ha concebido como *pars bonorum*. Esta previsión, únicamente, se limita a establecer una garantía a favor del perceptor del metálico. De ninguna manera, esta constituye un impedimento para que el legitimario conmutado pueda ejercitar las facultades de defensa que tiene como cotitular de los bienes de la herencia del causante, según se constata del contenido del art. 844.2 del CC y de que su condición de comunero no desaparece hasta que se haga efectiva la conmutación, es decir, cuando su derecho legitimario sea abonado en efectivo.

De todas estas teorías doctrinales, resulta más coherente aquella que plantea que la normativa general de pago en metálico no altera la naturaleza jurídica de la legítima, que sigue siendo en esencia *pars bonorum*. El supuesto del art. 841 del CC no implica una partición definitiva, en la que la titularidad sobre los bienes asignados se hace exclusiva y total desde que el adjudicatario comunica su decisión de utilizar la facultad de conmutar o desde que se liquida la herencia y se fija el valor de la parte correspondiente a los conmutados, que puede resolverse si se cumple la condición resolutoria del impago. Tampoco es una partición efectiva, donde la adquisición de los bienes puede disolverse si no se cumple con el modo o la obligación de emitir la compensación de la cuota hereditaria de los conmutados. Se trata de una norma particional extraordinaria o de una partición condicional que sujeta la adquisición de los legitimarios adjudicatarios sobre los bienes a que se cumplan una serie de condiciones suspensivas, todas dirigidas a la condición suspensiva principal que es la compensación de la porción de los legitimarios conmutados. Mientras no se satisfaga dicho pago, y de no cumplirse con el mismo dentro del plazo de 2 años que establece la norma o el acordado por las partes, la comunidad hereditaria entre conmutantes y conmutados seguirá intacta. Solo cuando se liquide el valor de la parte correspondiente a los conmutados, según la valoración de los bienes del caudal relicto al momento de dicho acto, será que los legitimarios conmutantes tendrán la titularidad exclusiva de los bienes de la herencia. Todo esto se desvela del análisis combinado de los arts. 841, 842, 844.2 y 847 del CC.

De ahí que, precisamente, en el supuesto de los arts. 841 al 847 del CC se establezca la salvaguarda de que si el pago en metálico de la legítima no se efectúa en el plazo legalmente dispuesto, la herencia se deberá repartir según el modo ordinario de partición. Lo que significa que la legítima tendrá que ser abonada con bienes hereditarios. Hecho que hace cuestionable que se vislumbre como un simple acreedor al legitimario que podría percibir su legítima en metálico extrahereditario.

Si bien es cierto que la normativa tiene muchas imprecisiones técnicas que dificultan su interpretación y que, incluso, dan margen a efectuar una variedad de análisis, también es correcto que esta provee soluciones a algunas de las preocupaciones del testador que tienen efecto en la sociedad. Por eso, la finalidad que el legislador perseguía con estos artículos no era desmerecer el derecho que los conmutados tienen en torno a su legítima pagada en efectivo no hereditario. De hecho, tal apreciación se hace palpable no solo porque la legítima de los conmutados, igual que la de los conmutantes, se valora al momento en que se procede a liquidar la misma, según se establece en el art. 847 del CC, sino que para que no hubiera equívocos sobre el particular a este se le confirieron mayores garantías, aunque tal proceder pueda resultar confuso y provocar errores de interpretación.

El propósito legislativo, consideramos, estaba orientado tanto a favorecer la voluntad del testador como a lograr el bienestar social a través de facilitar la distribución de la herencia, evitar confrontaciones familiares y mantener la seguridad y el tráfico de los bienes. Precisamente, con este objetivo se decidió no supeditar el supuesto general de pago en efectivo de la legítima a un criterio objetivo como el de indivisibilidad o incómoda división del bien objeto de atribución. Ante este contexto, donde no se vulnera la intangibilidad cuantitativa y se persigue un beneficio mayor que la mera tradición de que todos los legitimarios adquieran su parte legal en bienes de la herencia, era perfectamente lógico que el legislador optara por afectar el principio de intangibilidad cualitativa individual. Todo como un resultado normal de la evolución y adaptación de dicho principio a las circunstancias y variaciones de cada época.

## CONCLUSIÓN

Dentro de la excepcionalidad que supone el poder pagar la legítima en efectivo no hereditario, el supuesto contenido en los arts. 841 y ss. del CC constituye una regla general. Entre otras consideraciones, que se han ido planteando en este capítulo, porque la no exigencia de un criterio objetivo, característica que sí se requiere en los supuestos concretos, es indicativa de que el testador puede atribuir sus bienes a quien quiera, siempre que el

ámbito subjetivo esté integrado por hijos o descendientes legitimarios, ordenando que la porción de los demás sucesores se pague en dinero no hereditario. A lo expuesto, se añade la posibilidad de diferir la compensación de la legítima de los conmutados hasta el período máximo de 2 años desde la muerte del testador, a menos que las partes acuerden otra cosa. Lo señalado evidencia que mediante el supuesto general de conmutación, a los conmutados aunque se les protege la intangibilidad cuantitativa de su legítima, en cambio se le vulnera la intangibilidad cualitativa de esta en sus dos vertientes.

El supuesto general de conmutación no tiene que ver con una partición definitiva sujeta a la condición resolutoria del impago, en la que la titularidad sobre los bienes adjudicados se convierte en total cuando el legitimario adjudicatario comunica la decisión de conmutar o desde que la herencia es liquidada y la cuota correspondiente a los perceptores del metálico es fijada. Mucho menos está relacionado con una partición efectiva desde la apertura de la sucesión, que puede deshacerse si el conmutante no cumple con el modo de pagar la porción hereditaria de los legitimarios conmutados.

Como hemos argumentado, estamos ante una norma particional especial o extraordinaria. Esta no solo existe por el mero hecho de la indicación del testador en cuanto a la asignación de sus bienes hereditarios, sino que depende de que el conmutante decida optar por ejercer positivamente la facultad de conmutar la porción hereditaria de los demás conmutados. Además de cumplir con una serie de requisitos previamente discutidos.

La asignación de bienes hereditarios es claudicante porque puede afectarse por varias consideraciones. Por un lado, que los legitimarios adjudicatarios no alcancen la unanimidad requerida para tomar la decisión de conmutar en metálico no hereditario la cuota correspondiente a los legitimarios conmutados. Por otro lado, aun logrando el común acuerdo sobre este particular, la atribución de los bienes relictos puede claudicar si los conmutantes dejan caducar el término establecido para notificar la decisión o el período legalmente señalado o acordado para realizar el pago de la cuota hereditaria del legitimario afectado por la conmutación. Esto implica que desde la muerte del causante hasta el pago de la porción correspondiente al legitimario conmutado, la titularidad del adjudicatario no es sólida, pues solo tiene una facultad de optar sometida a una serie de requisitos que debe cumplir para que esta y, por ende, su titularidad sea efectiva. Todo porque los requisitos de esta normativa constituyen condiciones suspensivas dirigidas al cumplimiento de la condición suspensiva principal, que es el abono de la cuota hereditaria de los legitimarios conmutados en efectivo no hereditario.

Significa que desde la apertura de la sucesión y mientras no se satisfaga dicho pago, y de no cumplirse con el mismo dentro del plazo de 2 años que establece la norma o el acordado por las partes, existirá una comunidad hereditaria entre conmutantes y conmutados. Solo ante el acto del pago se convertirá en efectiva la titularidad del legitimario adjudicatario sobre los bienes asignados. A tal conclusión llegamos después de analizar en conjunto los arts. 841, 842, 844.2 y 847 del CC.

Aunque bajo este supuesto general el legitimario conmutado no puede accionar el juicio de testamentaría hasta que pasen los 2 años máximos para que el legitimario adjudicatario abone su porción hereditaria en dinero extrahereditario, lo cierto es que, como norma general<sup>905</sup>, puede instarlo si al vencerse este término su cuota no ha sido compensada en metálico o si el conmutante optó por no ejercer la facultad de conmutación o si después de ejercerla no la comunicó dentro del plazo de 1 año, a partir del fallecimiento del causante. Tal particularidad, se compensa, además, con el hecho de que el legitimario no adjudicatario participa y debe dar su consentimiento a las operaciones liquidatorias y particionales dirigidas a fijar el valor de su cuota hereditaria.

En todo caso, el derecho del legitimario conmutado al no haber sido individualizado está protegido por la reserva del art. 806 del CC, la cautela efectiva del art. 844.2 del CC y por la inscripción de la condición suspensiva que se materializa a través de los arts. 80.2 y 51.6 del RH de 1947, que se encargará de indicarle a los terceros que la efectividad de la titularidad de los conmutantes sobre los bienes hereditarios adjudicados está sujeta a que este cumpla con el pago de la porción hereditaria de los conmutados. Estas garantías mayores provistas al no adjudicatario unidas al hecho de que su cuota se determina considerando el valor de los bienes relictos al momento en que la misma sea liquidada, validan el planteamiento de que el espíritu de esta norma no es convertir al conmutado en un legitimario de segunda categoría.

---

<sup>905</sup> Porque podría darse el caso de que el testador, también, hubiera previsto el nombramiento del contador partidor, testamentario o dativo, para el caso en que se incumpliera con los requisitos del ejercicio de la facultad de conmutación. Es decir, para realizar una partición sujeta a las reglas generales. Igualmente, que el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, acorde con las propuestas de los herederos y legatarios que sumen, por lo menos, el 50% del haber hereditario, autorice el nombramiento del dativo tanto para realizar las adjudicaciones extraordinarias del art. 841 – 847 del CC como para el caso en que fuera necesario efectuar una partición normal. Tomando en consideración que esta modalidad de contador partidor, precisamente, tiene la finalidad de evitar los controvertibles juicios de división de herencias. Finalmente, si el testador previó, en caso de que los adjudicatarios no cumplieran con los requerimientos de la potestad de conmutar, una distribución alternativa de sus bienes, conforme al art. 1056.1 del CC.

## CAPÍTULO VI

### Sustitución Fideicomisaria a Favor del Descendiente Legitimario Incapacitado

**Sumario:** Introducción; § 1 Concepción Sintética de la Sustitución Fideicomisaria Ordinaria; § 2 Algunas Nociones Históricas sobre la Sustitución Fideicomisaria General; § 3 Finalidad Legislativa del Esquema Fideicomisario Excepcional y Valoración Doctrinal de su Efecto Práctico Real; § 4 Requisitos para la Aplicación de la Sustitución Fideicomisaria Especial: A. Ámbito subjetivo: 1. Fideicomitente, 2. Fiduciario, 3. Fideicomisario, B. Ámbito formal, C. Ámbito objetivo; § 5 Naturaleza Jurídica de esta Figura Sucesoria Especial: Normal o de Residuo: A. Acercamiento sucinto a la institución jurídica del fideicomiso de residuo; B. Perspectivas doctrinales; § 6 Posición Jurídica del Fiduciario y de los Fideicomisarios: Respectivos Derechos y Obligaciones: A. Momento de la muerte del testador, B. Momento en que se extingue el fideicomiso especial; § 7 Efecto de esta Institución en la Naturaleza Jurídica de la Legítima y su Principio de Intangibilidad Cualitativa; Conclusión.

## INTRODUCCIÓN

A través de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, LPPPD<sup>906</sup>, además de regularse un patrimonio especialmente protegido para que las personas con discapacidad puedan satisfacer sus necesidades vitales, se realizaron, con esa misma finalidad de posibilitarle mayores medios económicos a este colectivo, reformas significativas a algunas de las instituciones jurídicas del CC que forman parte de la disciplina del Derecho de familia, del Derecho de obligaciones y contratos<sup>907</sup> y del Derecho de sucesiones. Su ámbito de aplicación se centra principalmente en el territorio del Derecho común, ya que en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio solo es aplicable como derecho supletorio. Apreciación que se hace evidente en su Exposición de Motivos al declararse que «[l]a regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las

---

<sup>906</sup> BOE núm. 277 de 19 de noviembre de 2003, *supra*. La idea original de este estatuto se gestó por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), que fuera influenciada grandemente por la Fundación ONCE, y en estrecha relación con la Fundación Aequitas, constituida en el 1999 por el Consejo General del Notariado, que se encargó de redactar el Borrador de Proyecto de Ley. La norma, posteriormente, fue redactada por el Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, siguiendo las recomendaciones del Ministerio de Hacienda, en cuanto a impuesto y otros asuntos. Finalmente, parte del borrador, en concreto aquella referente a las reformas de los preceptos del CC, se sometió al dictamen de la Comisión General de Codificación. SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Estudios de Derecho Civil: Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Ed. Universidad de Valladolid, 2004, pág. 113.

<sup>907</sup> Dentro del Derecho de familia, la figura jurídica que sufrió modificaciones fue la autotutela. Mientras, en el Derecho de obligaciones y contratos los cambios fueron efectuados, específicamente, al mandato y el contrato de alimentos. *Supra.*, Parte VI y VIII de la Exposición de Motivos y arts. 9, 11 y 12, págs. 40854, 40855, 40858 y 40860.

comunidades autónomas con derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8ª de la Constitución española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código Civil».<sup>908</sup>

Con su aprobación, el legislador cumplió con uno de los principios rectores de la política social y económica, dispuesto en el art. 49 de la CE de 1978, referente a la atención que se debe brindar a las personas discapacitadas física, sensorial o síquicamente, con el derecho fundamental subjetivo que tiene cada ciudadano a ser tratado con igualdad ante la ley, que está establecido en el art. 14 de la CE de 1978, y con su deber, según el art. 9.2 de la CE de 1978, de propiciar las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad, tanto individual como grupal, puedan materializarse de forma real, efectiva y plena.<sup>909</sup> Asimismo, su actuación legislativa fue una respuesta coyuntural a la designación por la Unión Europea del 2003 como el «Año Europeo de las Personas con Discapacidad».<sup>910</sup> Además de que resultó ser una reacción consistente con la pauta marcada por diversos documentos internacionales y normas comunitarias que afectan positivamente a las personas discapacitadas, en la medida en que contribuyen a hacer real el derecho de este colectivo a la igualdad de oportunidades, es decir, a su integración y no discriminación.<sup>911</sup>

---

<sup>908</sup> *Supra.*, Parte II de la Exposición de Motivos, pág. 40853.

<sup>909</sup> *Supra.*, Parte I de la Exposición de Motivos y Disposición Final Primera, págs. 40852 y 40863.

<sup>910</sup> Decisión del Consejo de Europa de 3 de diciembre de 2001, sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad 2003, (2001/903/CE), Diario Oficial de las Comunidades Europeas, n° L335 de 19/12/2001, págs. 0015 – 0020. Véase, además, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2010, pág. 13; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 34 y 97; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, (dir.) J. Pérez De Vargas Muñoz, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pág. 878, nota 61.

<sup>911</sup> Entre la variedad de instrumentos internacionales proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a modo ejemplificativo, se encuentran: (1) la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; (2) la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental de 20 de diciembre de 1971; (3) la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 9 de diciembre de 1975; y (3) las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de 20 de diciembre de 1993. Y en el ámbito europeo, entre otros, se pueden mencionar: (1) la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000 (Diario Oficial de la Unión Europea, n° C 364, de 18/12/2000), revisada y proclamada nuevamente el 12 de diciembre de 2007 (Diario Oficial de la Unión Europea, n° C 303, de 14/12/2007), [www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2000.htm](http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2000.htm), [www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm#Texto](http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm#Texto), última consulta el 8 de febrero de 2018; (2) la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, n° L303 de 02/12/2000, págs. 0016 – 0022. (En ese sentido, puede consultarse: DÍAZ ALABART, S., «Principios de Protección Jurídica del Discapacitado», en *REGAP*, núm. 38, Septiembre – Diciembre 2004, págs. 15 – 16 y nota 3 y 4, «Principios de Protección Jurídica del Discapacitado», en *Protección Jurídica y Patrimonial de los Discapacitados, Xornadas e Seminarios*, (coord.) D. Bello Janeiro, Ed. Escola Galega de Administración Pública (EGAP), Santiago de Compostela, 2005, págs. 93 – 94 y notas 3 y 4;

La finalidad de esta legislación es regular nuevas formas de protección para las personas discapacitadas, centrándose esencialmente en el aspecto patrimonial. Ya que es indiscutible que para satisfacer las necesidades vitales de las personas con discapacidad y, por ende, contribuir efectivamente a su bienestar, es indispensable contar con medios económicos suficientes.<sup>912</sup> En el caso de aquellos, su economía personal, por lo general, se fundamenta en tres vías que se complementan entre sí. De una parte, los servicios públicos y las pensiones o subsidios que les otorgan las Administraciones Públicas. De otro lado, la retribución a la actividad laboral o empresarial realizada por la persona discapacitada. Por último, la asistencia económica que les proveen sus familiares. Con relación a este último renglón, es pertinente la preocupación que los familiares de personas discapacitadas o incapacitadas manifiestan en término de los siguientes cuestionamientos: ¿cuál será su situación económica cuando ya no estemos vivos?; ¿quién o quiénes se ocuparán de ellos cuando ya nosotros no podamos hacernos cargo o hubiésemos fallecido? Interrogantes muy válidas considerando que hoy día, por los avances en la medicina y otros factores, suele ser normal que muchos discapacitados o incapacitados sobrevivan a sus progenitores.<sup>913</sup>

---

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., pág. 17).

<sup>912</sup> De ahí que se haya entendido que la tenencia de bastantes recursos económicos es un factor determinante para que las personas discapacitadas o incapacitadas puedan alcanzar una vida independiente, siendo este uno de los principios en los que se inspiraba la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, BOE núm. 289 de 3 de diciembre de 2003, págs. 5 y 7, contenido en su art. 2a, estatuto que fue derogado al refundirse en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, última modificación el 9 de noviembre de 2017, págs. 11 y 12, haciéndose referencia a este en los arts. 2h y 3b. También, se hizo formar parte del texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, aprobada por la ONU el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008. Concebido este principio como la posibilidad de que los miembros de este colectivo puedan ejercer su derecho al libre desarrollo de su personalidad, al ser partícipes activos en la vida de su comunidad y poder decidir sobre su propia vida. Véase: DÍAZ ALABART, S., «Principios de Protección Jurídica del Discapacitado», op. cit., págs. 17 y 19, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», op. cit., pág. 856, «Principios de Protección Jurídica del Discapacitado», op. cit., pág. 96; [www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf](http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf), última consulta el 9 de febrero de 2018. Coincidiendo con lo señalado, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», en *R.C.D.I.*, núm. 687, Enero – Febrero 2005, versión electrónica generada de V/LEX, pág. 2, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», en *Protección Jurídica y Patrimonial de los Discapacitados, Xornadas e Seminarios*, (coord.) D. Bello Janeiro, Ed. Escola Galega de Administración Pública (EGAP), Santiago de Compostela, 2005, pág. 143, comenta: «El dinero no es la felicidad, pero ayuda a ella. Esta afirmación podríamos suscribirla todos los ciudadanos, cualquiera que sea nuestro sexo o nuestra condición social. Sin embargo, es especialmente cierta cuando tenemos alguna discapacidad física o psíquica. Ciertamente es que el dinero no lo es todo: los discapacitados necesitan (necesitamos, podríamos decir, pues cualquiera de nosotros puede pertenecer a ese colectivo en cualquier momento) cariño, asistencia, supresión de barreras arquitectónicas, apoyo, comprensión, paciencia... Pero también medios económicos. Sólo así puede hacerse efectivo el principio constitucional de igualdad ante la ley: tratando desigualmente situaciones desiguales».



De ahí la pertinencia de esta ley que, a pesar de los reconocidos problemas técnico jurídicos<sup>914</sup>, ha paliado esa inquietud, en aras de la solidaridad familiar, al posibilitar, mediante la ampliación del ámbito de ciertas instituciones jurídicas sucesorias, que a este colectivo, especialmente vulnerable, se le pueda beneficiar de manera particular por medio de la sucesión *mortis causa*. Todo para asegurar su seguridad económica, de forma duradera. Con ese fin, en el art. 10 de la LPPPD se modificaron varias materias del Derecho de sucesiones.<sup>915</sup> Entre estas, el texto normativo de la sustitución fideicomisaria y en específico su noción como una herramienta sucesoria de aplicación general que el testador puede utilizar para distribuir sus bienes para después de su muerte, sin ninguna consideración subjetiva, sino más bien objetiva relacionada, por un lado, con la temporalidad de la institución (art. 781 del CC) y, por otro lado, con la imposibilidad de que al aplicarse pueda gravar la legítima (art. 782 del CC). En concreto, mediante la LPPPD se posibilita que el testador que tenga hijos o descendientes incapacitados judicialmente pueda instaurar a su favor una variante de la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, convirtiéndose estos en fiduciarios y los demás coherederos forzosos en fideicomisarios<sup>916</sup> (art. 808.4 del CC).<sup>917</sup>

---

<sup>913</sup> *Supra.*, Parte I de la Exposición de Motivos, págs. 40852 - 40853. Véase, además, DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 856 – 857, «Principios de Protección Jurídica del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 19 – 20, «Principios de Protección Jurídica del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 99 - 100; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 34 – 35.

<sup>914</sup> Así lo ha entendido: LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», en *Discapacitado, Patrimonio Separado y Legítima*, (dir.) F. Santos Urbaneja, Cuadernos de Derecho Judicial XX, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 183; DÍAZ ALABART, S., «Principios de Protección Jurídica del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 16, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 878, que opina que como las modificaciones en diversas materias del régimen sucesorio inciden en el concepto de legítima, estas debieron ser parte, más bien, de una reforma general e integral del sistema legitimario del CC; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 21 y nota 5, 32; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 15.

<sup>915</sup> *Supra.*, Parte I de la Exposición de Motivos y Art. 10, págs. 40854 – 40855 y 40858 – 40860.

<sup>916</sup> En el apartado 4A.2 expondremos nuestra posición en cuanto a si ese descendiente fiduciario debe ser legitimario o no para beneficiarse de esta herramienta sucesoria especial. Similar precisión realizaremos en el apartado 4A.3 sobre los que la norma denomina como coherederos forzosos fideicomisarios. Hasta ese momento, utilizaremos el mencionado término coheredero forzoso.

<sup>917</sup> En el caso de Puerto Rico, ni esta figura jurídica ni cualquier otra a través de la que se pudiera garantizar exactamente lo mismo forma parte de su vigente CC de 1930. Inclusive, no se incorporó ninguna institución parecida en el texto del Proyecto del Senado 1710 que se preparó en el 2016 con el propósito frustrado de aprobar un nuevo CC para Puerto Rico. Ni siquiera se incluyó en el último y aún posible iniciativa de nuevo CC para Puerto Rico, contenido en el Proyecto de la Cámara 1654 de 18 de junio de 2018. 31 L.P.R.A. secs. 2309, 2363 y 2367 (2017). Por su parte, la A.P.D.C., aunque descartó la sustitución fideicomisaria como el medio jurídico apropiado para atribuir la legítima bajo ciertas circunstancias, optó por alcanzar similares efectos

De ahí que esta nueva modalidad de sustitución fideicomisaria no solo se visualice como otra excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima estricta, sino, además, como un mecanismo protector de las personas incapacitadas. Circunstancias que han llevado a la doctrina a conferirle el calificativo de «especial». A lo que se añade el efecto que, desde su implementación en el 2003, esta figura ha tenido como parte del ordenamiento civil común y en especial del Derecho sucesorio. Nos referimos a que, hoy día, existe una desigual libertad de testar entre los testadores a los que les resulta aplicable el CC común. Solo aquellos que tengan hijos o descendientes incapacitados judicialmente podrán tener una mayor libertad testatoria, en relación con los que no los tienen, porque dispondrán de la opción de establecer una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta a su favor.<sup>918</sup>

Estos y otros aspectos relacionados con la regulación de esta nueva variedad de sustitución fideicomisaria, serán objeto de estudio en este capítulo. Adelantamos, sin embargo, que nuestro acercamiento a esta reforma se dará a partir de la idea de que su propósito es dual, por un lado, y principalmente, favorecer al hijo o descendiente incapacitado porque lo necesita y evitar que el Estado asuma, respecto a este, más responsabilidades que las que les correspondan.<sup>919</sup> Desde nuestro punto de vista, es medular que exista y se evidencie la necesidad que origina la misma incapacidad porque la aplicación de este supuesto tendrá un efecto en los derechos sucesorios del resto de coherederos forzosos, en la medida en que su derecho a la legítima estará gravado temporalmente hasta que, ordinariamente, fallezca el descendiente incapacitado. Antes de iniciar la discusión en

---

mediante la figura jurídica del legado de usufructo. Apreciación que se fundamenta en el texto del art. 467-19(3), que dispone: «No comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima el legado de usufructo recayente sobre ella cuyo beneficiario sea el cónyuge viudo, o un hijo o descendiente con discapacidad o cuya capacidad esté modificada en el momento de la apertura de la sucesión». VV.AA., *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, op. cit., pág. 96; GALICIA AIZPURUA, G., «Título VI. De las Sucesiones, Capítulo VII. De las Legítimas y Otros Límites a la Libertad de Disposición por Causa de Muerte, Sección 1ª», op. cit., pág. 603.

<sup>918</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., págs. 20, 30 y 99. (En cuanto a su calificación como «especial» o «excepcional», entre otros, también, véase: RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», en *A.C.*, núm. 4, 2004, versión electrónica generada por Wolters Kluwer, págs. 4, 5 y 7; COBAS COBIELLA, M. E., «Hacia un Nuevo Enfoque de las Legítimas», en *R.D.P.*, número 17, 2006, pág. 56; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», op. cit., págs. 879 y 883, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», op. cit., págs. 274 y 279. «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», op. cit., págs. 7 y 10; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., pág. 22.

<sup>919</sup> Siempre teniendo en cuenta que ante la falta de los padres, los hermanos, incluso los de vínculo sencillo, tienen la obligación de alimentos entre parientes, conforme se establece en los arts. 142 al 153 del CC.

detalle sobre esta temática, es preciso repasar de forma lacónica las características de la sustitución fideicomisaria general y su desarrollo histórico, por ser la institución jurídica de la cual se deriva.<sup>920</sup>

## § 1 CONCEPCIÓN SINTÉTICA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ORDINARIA

El art. 781 del CC define la sustitución fideicomisaria, no en términos generales sino solo en cuanto aquellas que tienen la obligación de conservar, como la institución sucesoria a través de la cual se le «...encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia...». Aclarando dicho precepto que la misma solo será válida y surtirá «...efecto siempre que no pasen del segundo grado<sup>921</sup>, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador». Añadiéndose como restricciones adicionales, que su validez, según dispuesto en los arts. 783.1 y 785.1 del CC, también, está supeditada, respectivamente, a que tanto los llamamientos como la propia institución del fideicomiso se realicen expresamente. Lo que no implica que sea indispensable que el testador nombre individualmente a las personas que serán los fiduciarios y fideicomisarios, si de las expresiones testamentarias puede deducirse de quienes se trata. Además de que en el caso particular de que la sustitución fideicomisaria recayera sobre el tercio de mejora, conforme a los arts. 782 y 824 del CC, la misma deberá efectuarse solo a favor de los descendientes. Tampoco será necesario que el testador utilice la expresión sustitución fideicomisaria para constituirla, siempre que sea evidente que esa era su intención testamentaria.<sup>922</sup>

---

<sup>920</sup> Hacemos constar que técnicamente la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso no son lo mismo. Sin embargo, por economía del lenguaje y para evitar la repetición de palabras, en ocasiones podríamos aludir a la palabra fideicomiso con la intención de referirnos a la sustitución fideicomisaria.

<sup>921</sup> La jurisprudencia ha interpretado que la palabra «grado» equivale a «llamamiento» y no a «generación». STS de 23 de junio de 1940, (RJ 1940/530); STS de 6 de marzo de 1944, Sala Civil, (RJ 1944/303); STS de 29 de octubre de 1949, Sala Civil, (RJ 1949/1240); STS de 4 de noviembre de 1975, Sala Civil, (RJ 1975/3829); STS de 31 de enero de 1980, Sala Civil, (RJ 1980/176), en referencia a la sentencia de 1940 que sentó la doctrina aludida.

<sup>922</sup> STS núm. 133 de 3 de marzo de 2009, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2009/1625); STS de 3 de noviembre de 1989, Sala Civil, (RJ 1989/7847); STS de 13 de diciembre de 1974, Sala Civil, (RJ 1974/4677); STS de 25 de octubre de 1954, Sala Civil, (RJ 1954/2862); STS de 6 de abril de 1954, Sala Civil, (RJ 1954/1551); STS de 20 de abril de 1951, Sala Civil, (RJ 1951/1018); RDGRN de 4 de enero de 1994, (RJ 1994/232). Véase, además, DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 882, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 278; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 9; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1169 - 1171.

Podría decirse que se trata de un mecanismo sucesorio que el testador puede utilizar mediante disposición testamentaria, ya sea haciéndolo recaer sobre el segundo o tercer tercio de la herencia, siempre que cumpla con las salvedades previamente mencionadas, con la intención de imponerle a su primer heredero<sup>923</sup> la responsabilidad de conservar y transferir la herencia fideicomitida al heredero intermedio o final, dependiendo de si el causante designó en su testamento a otra persona para que le sucediera, a su vez, a este.<sup>924</sup> Tres requisitos, por tanto, deben estar presentes, como parte de la disposición testamentaria, para que estemos hablando de la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria. Estos son: (1) una doble o múltiple vocación hereditaria sucesiva, no simultánea, en el disfrute del patrimonio hereditario del testador; (2) la imposición al primer heredero, y en ocasiones al heredero intermedio, de un gravamen de conservación, que no es otra cosa que, en términos generales, carecer de facultades dispositivas y, en términos específicos, tener una prohibición de enajenar, y entrega o restitución de la totalidad o de una parte de los bienes hereditarios; y (3) el diseño de un orden sucesivo de los sucesores, el primario y el o los sustituto(s), que adquirirán la herencia o el legado.<sup>925</sup>

Bajo este supuesto, el testador (fideicomitente) será el que establezca en su testamento la sustitución fideicomisaria. El primer heredero es el fiduciario, que será la persona que directa e inicialmente recibirá la herencia de parte del fideicomitente y que tendrá el deber de conservarla y transmitirla al siguiente sucesor, al vencerse el plazo o la condición determinada por el testador. Responsabilidad de transmisión que podría recaer en los herederos del fiduciario si precisamente la sustitución fideicomisaria se estableció hasta el momento de su fallecimiento. El que recibe el patrimonio fideicomitido físicamente del fiduciario, aunque en términos jurídicos igual que este lo está heredando directamente del fideicomitente, es el fideicomisario.<sup>926</sup> Se trata del heredero definitivo de la herencia, sobre

---

<sup>923</sup> El término heredero en el contexto de la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria se utiliza genéricamente como sucesor, ya que el primer llamado, aunque de ordinario suele ser heredero, podría tratarse, también, de un legatario o legatario de cuota.

<sup>924</sup> Véase: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, *op. cit.*, pág. 209; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, *Estudios de Derecho Privado: Sucesiones*, tomo II, *op. cit.*, págs. 65 y 66; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, pág. 24; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. II, Ed. Bosch, S. A., 2ª edición, Barcelona, 1977, pág. 523.

<sup>925</sup> STS de 13 de diciembre de 1974, *supra.*; STS de 2 de marzo de 1935, Sala Civil, (RJ 1935/603). Véase, además, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, *op. cit.*, pág. 210; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, *Estudios de Derecho Privado: Sucesiones*, tomo II, *op. cit.*, pág. 69; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. II, *op. cit.*, págs. 523 y 524; CLEMENTE DE DIEGO, F., «El Fideicomiso de eo quod supererit», Discurso leído en la solemne inauguración del Curso Académico 1926 - 1927, Madrid, 1926, págs. 38 - 39.

el que no recaerá ninguna carga de conservación y entrega de la misma. No obstante, si el fideicomitente estableció sucesivos llamamientos, en coherencia con los límites legales previamente mencionados, tanto el primer heredero como el intermedio serán fiduciarios, por lo que deberán asumir la responsabilidad de conservar y transmitir la herencia fideicomitida al siguiente sucesor. Proceso que se mantendrá hasta que el heredero final o definitivo herede los bienes fideicomitidos.<sup>927</sup>

## § 2

### ALGUNAS NOCIONES HISTÓRICAS SOBRE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA GENERAL

Los orígenes de la sustitución fideicomisaria se remontan a la época romana.<sup>928</sup> Concretamente, para entender su génesis y eventual desarrollo debemos centrarnos inicialmente en el fideicomiso<sup>929</sup> romano, que se hizo manifiesto en el siglo I.<sup>930</sup> Esta figura

---

<sup>926</sup> STS núm. 961 de 22 de noviembre de 1996, Sala Civil, (RJ 1996/8285); STS núm. 773 de 22 de julio de 1994, Sala Civil, (RJ 1994/6578); STS de 3 de marzo de 1964, Sala Civil, (RJ 1964/1254); RDGRN de 27 de marzo de 1981, (RJ 1981/1790); RDGRN de 27 de marzo de 1981, (RJ 1981/1196). Véase, además, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1164.

<sup>927</sup> Véase: BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 24 – 25 y nota 6; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, *op. cit.*, págs. 209 – 210; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículo 781 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, pág. 134; CLEMENTE DE DIEGO, F., «El Fideicomiso de eo quod supererit», *op. cit.*, págs. 38 – 39; SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) M<sup>a</sup> del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 1017 – 1018.

<sup>928</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, *op. cit.*, págs. 210 y 211; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, *Estudios de Derecho Privado: Sucesiones*, tomo II, *op. cit.*, pág. 67; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 19, 25, Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, *op. cit.*, págs. 14, 20 y 545, «La Sustitución Fideicomisaria como Medio de Protección de los Tutelados en Italia, y de los Incapacitados en Italia», en *Comparazione e Diritto Civile*, ISSN 2037 – 5662, Marzo 2016, pág. 1, [www.comparazionedirittocivile.it/sezioni.asp?cod\\_cat=2&nome\\_cat=Persone](http://www.comparazionedirittocivile.it/sezioni.asp?cod_cat=2&nome_cat=Persone); MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículo 781 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, *op. cit.*, pág. 134; CLEMENTE DE DIEGO, F., «El Fideicomiso de eo quod supererit», *op. cit.*, págs. 36 - 42; COSTA, J., *Fideicomiso y Albaceazgos de Confianza y sus Relaciones con el Código Civil Español*, Ed. Librería General de Vistoriano Suárez, Madrid, 1905, reimp. facsímil por la Ed. Analecta, S. L., Navarra, 2006, págs. 22 – 23; IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, *op. cit.*, pág. 461; PUIG FERRIOL, L., *El Heredero Fiduciario*, Ed. Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 1965, págs. 19 y 20.

<sup>929</sup> Este término proviene etimológicamente del latín *fidei-commisum*, que se compone de dos palabras: *fides* y *commisum*, que, respectivamente, significan fe y confiado. En el sistema romano se definía como un encargo remitido o encomendado a la fe o a la lealtad en el cumplimiento de lo que alguien ha prometido. Significa el encargo que se hace depender de la conciencia de corresponder a la confianza que una persona ha depositado en otra. No es otra cosa que el respeto a la palabra dada, a la vez que denota una entrega a la honradez de otra persona. CLEMENTE DE DIEGO, F., «El Fideicomiso de eo quod supererit», *op. cit.*, págs. 17 y 31; BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las*

jurídica forma parte de los antecedentes históricos de la institución que será objeto de estudio en este capítulo, en la medida en que a pesar de ser claramente distinguibles entre sí, guardan relación en algunos principios o caracteres particulares. En otras palabras, aunque la sustitución fideicomisaria como institución llegó a adquirir unos rasgos propios, en ese proceso evolutivo no se apartó de los principios singulares que definían al fideicomiso romano.

A modo de resumen, puede comentarse, por ejemplo, que en ambas instituciones está presente, al menos en términos generales, la idea de sustitución y de fideicomiso, aunque discrepando no solo en sus efectos prácticos sino, también, en su objeto, es decir, en sus fines o mejor dicho en su respuesta a la pregunta del ¿para qué? Primero, en el caso de la sustitución fideicomisaria el fiduciario está obligado jurídicamente a conservar y entregar los bienes hereditarios, por lo general, hasta el momento de su muerte, mientras en el fideicomiso romano dicha restitución no solo era *inter vivos*, sino que debía efectuarse inmediatamente o en un corto periodo de tiempo. Segundo, como el fiduciario del fideicomiso era solo un mandatario o ejecutor testamentario que respondía a la confianza del testador entregándole el caudal hereditario al verdadero heredero, no se beneficiaba de la aceptación de la herencia fideicomitada, razón por la que se hizo aplicable a su favor la cuarta trebeliánica. Incentivo que no era ni es necesario para el fiduciario de la sustitución

---

*Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio...*, pág. 20, nota 6; IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, op. cit., pág. 453; DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, Ed. Marcial Pons, S. A., Madrid, 1999, págs. 11 y 39; SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I*, op. cit., pág. 1018. Véase, además, PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, op. cit., pág. 704; SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, (trad.) J. Santa Cruz Teigeiro, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 300.

<sup>930</sup> No obstante, GONZÁLEZ PALOMINO, J. «Enajenación de Bienes Pseudo – Usufructuados», Conferencia Desarrollada en la Semana Notarial de Santander en el Verano de 1948, Ed. Reus, Madrid, 1950, págs. 27 – 28, 29, 33 – 36, 52, 56, 57 y nota 30, discrepa de que los cimientos o antecedentes de la sustitución fideicomisaria se encuentre en el derecho antiguo romano y en especial en la figura del fideicomiso. Es su parecer que el principio sucesorio romano de estabilidad y permanencia de la condición de heredero (*semel heres semper heres*), mediante el cual no era posible aceptar que un heredero sucediera después de otro, impidió que los romanos pudieran concebir la sustitución fideicomisaria. De ahí que, utilizando una analogía, realizara las siguientes expresiones: «Sobre un fondo de paisaje, que parece romano, se destacan perfiles netos de figuras autóctonas con trajes de época. El cuadro armoniza los diversos elementos, y no es menos castellano por estar pintado, como los de Velázquez, con técnica aprendida de los viejos maestros de Italia, ni menos original. Si buscamos en él a Doña Sustitución Fideicomisaria nos llevaremos un chasco. A primera vista se observa al pie de una de las figuras escrito ese nombre. Pronto nos percatamos que no debe de tratarse de una dama porque tiene barba. Se trata, en efecto, del señor Fideicomiso romano, al que los pintores de cámara de don Alfonso el Sabio cambiaron de nombre y de sexo. Es un error sin trascendencia, que no engaña a nadie. Inútil será que sigamos la busca porque en la realidad jurídica castellana no hubo sustitución fideicomisaria hasta después de las leyes desvinculadoras, por dos causas principales: [u]na, que no la regularon las leyes de Partidas [y] [o]tra, que no hacía ninguna falta». (esp. en las págs. 27 – 28). En definitiva, según su parecer, en Castilla mientras existió la opción de los mayorazgos, que le proveía una potestad más amplia al testador para mandar en sus bienes, incluso, hasta mucho tiempo después de su muerte, no fue necesaria la sustitución fideicomisaria, según la entendemos hoy día. Solo cuando dejaron de existir los mayorazgos, que visualizaba como un sustitución fideicomisaria desbocada, fue que se sintió la necesidad de recurrir al esquema fideicomisario temporal.

fideicomisaria porque como es heredero puede beneficiarse del goce y uso de los bienes fideicomitidos, desde el momento en que acepta la herencia y durante toda su vida. Tercero, contrario al fideicomiso romano, en la sustitución fideicomisaria los bienes hereditarios son inalienables y su disfrute está sujeto a un orden sucesivo de suceder preestablecido por el fideicomitente, motivo por el que todos los subrogados resultan ser sucesores del causante. Finalmente, mientras, con la institución fideicomisaria se pueden materializar dos o más liberalidades, a través del fideicomiso solo podía realizarse una.<sup>931</sup>

Más detalladamente, el fideicomiso se comenzó a utilizar como un subterfugio para evadir las restricciones a la capacidad para suceder que le resultaban aplicables a cierto tipo de personas.<sup>932</sup> Todo ciudadano que, a su muerte, quería beneficiar patrimonialmente a una persona que no reunía las exigencias de capacidad para heredar, procedía a constituir un fideicomiso en el que disponía a favor de una persona capaz, confiando que la lealtad y buena fe del instituido lo haría cumplir con la verdadera voluntad del primero de que la herencia o el legado le fuera restituida a la persona incapacitada para heredar que él había designado. Ese ruego para la restitución de los bienes hereditarios a favor de la persona incapaz, o fideicomisaria, que el fideicomitente le hace al fiduciario podía efectuarse en el testamento o, de forma reservada, en escritos privados e incluso hasta verbalmente, recibiendo estos dos últimos el nombre de codicilo. Implicando que el funcionamiento de esta institución se daba

---

<sup>931</sup> COSTA, J., *Fideicomiso y Albaceazgos de Confianza y sus Relaciones con el Código Civil Español*, op. cit., pág. 23, nota 1; BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, op. cit., págs. 30 y 33. Véase, también, STS núm. 3362 de 11 de enero de 1991, Sala Contencioso – Administrativo, Sección 2ª, (RJ 1996/4271); DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, op. cit., págs. 26 – 27; SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I*, op. cit., pág. 1018; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículo 781 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, op. cit., pág. 134, que añade que la diferencia entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria se puede describir de la siguiente forma: «...aquellos eran considerados como modos universales de adquirir la herencia, y éstos no son más que maneras o formas especiales de sustituciones».

<sup>932</sup> Entre las personas que en la etapa del Derecho antiguo de Roma, específicamente en la fase del régimen republicano, estaban incapacitadas para heredar, se encontraban: los extranjeros o *peregrini*, los desterrados o proscriptos (*Lex Cornelia*, siglo I a. c.), a causa de las guerras civiles, las personas inciertas, tales como los póstumos, las municipalidades, las corporaciones; y las mujeres romanas bajo ciertos supuestos (*Lex Voconia*, 167 a. C.). A esta lista, a través de la *Lex Julia* (4 d. C.) y la *Lex Pappia Poppae* (9 d. C.), y con el propósito de promover la natalidad, se añadieron los hombres solteros entre las edades de 25 a 60 años y las mujeres solteras cuyas edades oscilaran entre los 20 a los 50 años, que no estuvieran casados y que no hubieran tenido hijos de matrimonios anteriores. La incapacidad de este último grupo se superaba si, dentro de los 100 días después de la apertura de la sucesión, contraían matrimonio. Bajo estos últimos dos estatutos, también, estaban impedidos de suceder las personas casadas que no tuvieran hijos vivos o concebidos, aunque su incapacidad se limitaba a la mitad del patrimonio hereditario. Véase, además, COSTA, J., *Fideicomiso y Albaceazgos de Confianza y sus Relaciones con el Código Civil Español*, op. cit., pág. 7; BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, op. cit., pág. 21; CLEMENTE DE DIEGO, F., «El Fideicomiso de eo quod supererit», op. cit., pág. 22; SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, op. cit., págs. 195 y 300; DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, op. cit., págs. 20, 30 y 40.

en un marco extralegal, ausente de una normativa formal, razón por la que podía constituirse por cualquiera de estos tres medios mencionados. De ahí que tanto su configuración como su eficacia jurídica no estuvieran sustentadas en el Derecho civil sino, más bien, en la voluntad del que deja el fideicomiso y en su confianza de que, a su fallecimiento, la honradez y fidelidad de la persona instituida le haría cumplir con la encomienda prometida, es decir, con su palabra, de hacerle entrega a una tercera persona, no idónea, de acuerdo a la ley, para ser heredero o legatario, es decir, para ser favorecido con liberalidades *mortis causa*, de ciertas disposiciones patrimoniales realmente realizadas a su favor.<sup>933</sup>

Esa ausencia de obligatoriedad en el encargo que el fallecido le deja al instituido, junto con la carencia de sanción jurídica porque el fideicomisario no podía instar una acción en su contra en caso de que este incumpliera con el gravamen restitutorio, ambos elementos inicialmente característicos del fideicomiso, se fueron solventando con el paso del tiempo. Existe acuerdo en la doctrina de que la conversión del fideicomiso de un mero mecanismo apoyado en la costumbre, mediante el que solo se producía una obligación moral o de conciencia respecto al instituido, a una institución sustentada en un ordenamiento jurídico, que le reconocía su obligatoriedad y le aseguraba su eficacia, fue originariamente el resultado de la iniciativa del Emperador Augusto<sup>934</sup>, en cuanto a su disposición a los cónsules para que, ocasionalmente, utilizaran su autoridad para hacer ejecutar aquellos fideicomisos en los que era manifiesto el abuso del fiduciario, y consecuentemente seguida y desarrollada por los posteriores emperadores<sup>935</sup>, a causa de la gran acogida que este instituto había tenido en la práctica.<sup>936</sup>

---

<sup>933</sup> DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, op. cit., págs. 12, 18, 19, 22, 26 – 28, 29 – 30, 39 y 40; COSTA, J., *Fideicomiso y Albaceazgos de Confianza y sus Relaciones con el Código Civil Español*, op. cit., págs. 7 – 8 y 12 – 13; CLEMENTE DE DIEGO, F., «El Fideicomiso de eo quod supererit», op. cit., págs. 17 – 18, 21 – 22 y 24; SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I*, op. cit., pág. 1018. Véase, además, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, op. cit., págs. 210 – 211; IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, op. cit., pág. 453; BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, op. cit., págs. 20 – 23; COSTA, J., *Fideicomiso y Albaceazgos de Confianza y sus Relaciones con el Código Civil Español*, op. cit., págs. 7 - 9; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, *Estudios de Derecho Privado: Sucesiones*, tomo II, op. cit., pág. 67; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. II, op. cit., pág. 524; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, op. cit., pág. 704; SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, op. cit., pág. 300; PUIG FERRIOL, L., *El Heredero Fiduciario*, op. cit., págs. 19 – 20; BIONDO BIONDI, *Sucesión Testamentaria y Donación*, op. cit., pág. 26, puntualiza que el fideicomiso surge para hacerse accesible a todos los pueblos sujetos a Roma, por lo que no les resultaban aplicables los requisitos de la *Civitas*, sino más bien las normas del *ius gentium*.

<sup>934</sup> Primer emperador romano que reinó a partir del año 63 a. C. hasta el 14 d. C.

<sup>935</sup> Se incluye una elaboración sucinta de algunas de las modificaciones realizadas al instituto del fideicomiso bajo el reinado de diversos emperadores romanos. En el período del Emperador Claudio (41 d. C. – 54 d. C.) para lograr la eficacia del fideicomiso se estableció un procedimiento extraordinario, ante dos jueces especiales



llamados «pretore fideicomisarios» (*praetores fideicomissarii*) en Roma, que con el Emperador Tito (79 d. C. – 81 d. C.) fueron reducidos a uno, e incluso ante los propios gobernadores de las provincias, en el que el fideicomisario le podía reclamar al fiduciario su cumplimiento con la transmisión de los bienes en fideicomiso, en caso de que no los hubiera restituido voluntariamente. A pesar de que este procedimiento le proveía al fideicomisario los bienes fideicomitados, no le confería el carácter de heredero, que continuaba vinculado al instituido. De ahí que, como parte de un proceso de restitución voluntaria del fideicomiso de herencia, el fiduciario y el fideicomisario acordaran realizar una compraventa simulada en la que protegieran sus respectivos intereses. Con ese objetivo, por un lado, se incluían estipulaciones en las que el instituido se comprometía a entregarle todo lo que hubiera percibido por su título de heredero y a cederle el ejercicio de todas las acciones hereditarias. Mientras, por otro lado, el fideicomisario le aseguraba al fiduciario que lo indemnizaría por los pagos que hubiera tenido que asumir debido a su condición de heredero y que, además, se responsabilizaría por abonar lo que el causante le adeudaba a sus acreedores. Durante el reinado del Emperador Nerón (año 54 d. C. – 68 d. C.), el Senadoconsulto Trebeliano determinó que con el acto del instituido de transmitirle el patrimonio hereditario al fideicomisario, este le trasladaba también las responsabilidades y beneficios que conforme al Derecho civil le correspondían a un heredero. Al cumplir con la restitución de la herencia, el fiduciario se liberaba de tener que responder de las deudas hereditarias y solo continuaba siendo heredero en términos nominales. El fideicomisario asumía el carácter de *loco heredis* (en lugar del heredero) para instar acciones contra los deudores del fallecido o someterse a las que los acreedores de este realizaran en su contra, convirtiéndose así en el verdadero heredero a efectos patrimoniales. Por lo que, si los acreedores se dirigían ante el fiduciario para cobrar lo que les adeudaba el fallecido, este podía levantar la *exceptio* de restitución de herencia. Este remedio se impuso para evitar que el fiduciario rechazara la herencia, al considerar riesgoso el tener que asumir, sin ningún beneficio patrimonial, el pago de las deudas hereditarias exigido por los acreedores del causante y después no poder reclamar las cantidades abonadas ante un fideicomisario supuestamente insolvente, haciendo caer el fideicomiso e impidiendo que se cumpliera la voluntad del fideicomitente. Igualmente, para motivar a los fiduciarios a que aceptaran y cumplieran con el fideicomiso y, por ende, con la voluntad del causante, en tiempos del Emperador romano Vespasiano (69 d. C. – 79 d. C.) y mediante el Senadoconsulto Pegasiano, tomando como referente el régimen parecido que se previó en la *Lex Falcidia* (40 a. C.) para los legados, se autorizó al fiduciario a quedarse con  $\frac{1}{4}$  parte de la herencia que integraba el fideicomiso, dándosele entonces el nombre de *quarta Pegasiana*, siendo este hecho el origen de la vigente cuarta trebeliánica que está incorporada en el Derecho Foral Catalán y Balear, si debían transmitirle al fideicomisario más de  $\frac{3}{4}$  partes del caudal hereditario del fideicomitente. Bajo este supuesto, la responsabilidad hereditaria era compartida entre fiduciario y fideicomisario. Circunstancia que se hacía constar mediante estipulaciones recíprocas en las que se distribuían tanto la parte beneficiosa como dañosa de la herencia, acorde a la proporción que les correspondía de la misma. Implicando que tanto el fiduciario como el fideicomisario eran herederos y, como tales, podían instar acciones hereditarias en contra de los deudores del causante, en correspondencia a su cuota en la herencia. De igual forma, y sujetos también a su respectiva proporción, los acreedores hereditarios podían accionar en contra de ambos para cobrar las deudas del fallecido. El propósito de esta iniciativa era estimular a los fiduciarios a que cumplieran con los fideicomisos, ya que se negaban a aceptar la herencia del fallecido sin adquirir beneficio alguno, y así evitar su extinción. Las normas de los Senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano fueron fusionadas en la época del Emperador Justiniano (527 d. C. – 565 d. C.). Producto de esta fusión las normas solo mantuvieron la denominación de Senadoconsulto Trebeliano. Los fiduciarios conservaron su derecho a detraer una cuarta parte de la herencia del fallecido, que pasó a denominarse *quarta Falcidia*. Se hicieron innecesarias las estipulaciones entre fiduciario y fideicomisario porque el fideicomiso universal comenzó a manifestar los efectos de una sucesión universal, donde, en toda circunstancia y una vez detraída la cuarta parte de la herencia por el primero, se consideraba a este último como *loco heredis*. Véase: IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, op. cit., págs. 453 y 460 - 461; DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, op. cit., págs. 21, 22, 23 – 24, 32 – 37, 40 y 41 - 42; COSTA, J., *Fideicomiso y Albaceazgos de Confianza y sus Relaciones con el Código Civil Español*, op. cit., pág. 10 y nota 2; BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, págs. 24 – 28; GONZÁLEZ PALOMINO, J. «Enajenación de Bienes Pseudo – Usufructuados», op. cit., pág. 30; CLEMENTE DE DIEGO, F., «El Fideicomiso de eo quod supererit», op. cit., págs. 30 y 32 – 36; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, op. cit., págs. 705 - 706 y nota 63. [Sobre la cuarta trebeliánica del Derecho civil de Cataluña y las Islas Baleares, puede examinarse: FERRER VANRELL, M. P., «Epígrafes I al IV del Capítulo 27: Sustituciones Fideicomisarias en el Derecho Balear», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) M<sup>a</sup> del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2<sup>a</sup> edición, Navarra, 2016, págs. 1119 – 1121; SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 26: El Fideicomiso en el Código Civil de Cataluña», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) M<sup>a</sup> del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed.

Sin embargo, a medida que jurisprudencialmente fue evolucionando el reconocimiento jurídico del fideicomiso, su campo de aplicación se fue restringiendo. Su regulación se fue asemejando a la de los legados y por tanto se le fueron haciendo extensivas, al menos en parte, las restricciones que le resultaban aplicables a dicha institución jurídica. Tanto así que, en la época del Emperador Vespasiano, el Senadoconsulto Pegasiano dispuso que a los fideicomisarios se le exigieran los mismos requisitos de capacidad para heredar que se le requerían a los herederos y legatarios. Suceso que se mantuvo e intensificó durante el reinado del Emperador Adriano<sup>937</sup>, provocando que se hiciera difusa la utilidad y finalidad que se perseguía y se había llegado a alcanzar a través del fideicomiso.<sup>938</sup>

Se retornó, entonces, a la primigenia naturaleza extrajurídica del fideicomiso, ahora incorporándosele el calificativo de tácito y enfrentado al denominado fideicomiso legal. Para su configuración, distinto a los casi dos años anteriores, se requería de tres elementos: (1) la existencia de un encargo reservado para la restitución de los bienes hereditarios a una tercera persona; (2) que el encargo se realizara de palabra; y (3) que el heredero fiduciario prometiera aceptar y cumplir, por medio de un negocio *inter vivos* simulado, con la encomienda, a pesar de saber que debía transmitir el patrimonio hereditario del causante a un fideicomisario incapacitado para heredar por vía de fideicomiso. Significa que debía existir una confabulación entre el fiduciario y el fideicomitente para defraudar la ley. Surge, así, una lucha entre los testadores y la ley porque el fideicomiso tácito se combatía como un

---

Aranzadi, S. A. U., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 1073 – 1079; el art. 29 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares; los arts. 426-31 al 426-34 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones].

<sup>936</sup> PUIG FERRIOL, L., *El Heredero Fiduciario*, op. cit., pág. 20; COSTA, J., *Fideicomiso y Albaceazgos de Confianza y sus Relaciones con el Código Civil Español*, op. cit., págs. 9 - 10; CLEMENTE DE DIEGO, F., «El Fideicomiso de eo quod supererit», op. cit., págs. 18 y 29 - 30; IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, op. cit., pág. 453; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, op. cit., pág. 211; DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, op. cit., págs. 20 – 21 y 22; BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, págs. 23 – 28; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, *Estudios de Derecho Privado: Sucesiones*, tomo II, op. cit., pág. 67; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. II, op. cit., pág. 525; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículo 781 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, op. cit., pág. 134; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, op. cit., pág. 705; SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, op. cit., págs. 300 - 301.

<sup>937</sup> Emperador romano entre el año 117 d. C. hasta el 138 d. C.

<sup>938</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, op. cit., pág. 211; BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, pág. 28; COSTA, J., *Fideicomiso y Albaceazgos de Confianza y sus Relaciones con el Código Civil Español*, op. cit., págs. 11 - 12; CLEMENTE DE DIEGO, F., «El Fideicomiso de eo quod supererit», op. cit., pág. 36; DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, op. cit., págs. 19, 22 – 23 y 31; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. II, op. cit., pág. 525.

negocio ilícito. De ahí que, ante el contubernio entre el heredero instituido y el fideicomitente, se privara del caudal hereditario tanto al fiduciario como al fideicomisario y el patrimonio pasara a formar parte del erario. En cambio, si el fiduciario no se obligaba a cumplir con el encargo, solo existía fraude de ley por parte del fideicomitente y a este se le castigaba impidiendo la efectividad del fideicomiso y permitiendo que el primero, y no el fisco, se quedara con los bienes hereditarios.<sup>939</sup>

Como una variedad del fideicomiso romano, en el siglo II surgió el fideicomiso sucesivo gradual o familiar (*fideicommissum familiae relictum*) que, por combinar, de manera más evidente e integral, los elementos característicos de la sustitución y del fideicomiso, se ha considerado como el germen o el fundamento histórico en el que más especialmente se sostienen las modernas instituciones fideicomisarias. A través suyo, el testador realizaba varios llamamientos entre algunos o todos los miembros de su familia, de manera que entre ellos se diera la restitución sucesiva de una parte o la totalidad del patrimonio hereditario. Aunque, igualmente, el testador podía determinar que la selección del próximo heredero recayera en el fiduciario, sin importar que de alguna forma pudiera alterarse el orden de los llamados, siempre que este respetara la intención de que los bienes se mantuvieran en poder de la familia. Sobre los beneficiarios recaía una prohibición de enajenar los bienes de la herencia, siendo este el aspecto esencial de la naturaleza de esta clase de fideicomiso, pues tenían la obligación de conservarlos y entregarlos sucesivamente entre los integrantes de la familia del causante. Situación que no solo hizo inaplicable la cuarta trebeliánica, sino que provocó que los bienes hereditarios quedaran vinculados a la familia y sustraídos del comercio, lo que significó una restricción a la libre contratación.<sup>940</sup>

---

<sup>939</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, op. cit., pág. 29; COSTA, J., *Fideicomiso y Albaceazgos de Confianza y sus Relaciones con el Código Civil Español*, op. cit., págs. 12 - 21; CLEMENTE DE DIEGO, F., «El Fideicomiso de eo quod supererit», op. cit., pág. 23, nota 1, y 36; DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, op. cit., págs. 19, 31 y nota 13. La circunstancia del fideicomiso tácito y las consecuencias legales de su uso por el testador se hicieron formar parte del código castellano de las Partidas y en específico de la Ley XIII, Título VII, Partida VI. En lo pertinente, dicho estatuto disponía: «Seis razones principales mostraron los sabios antiguos, que por cada vna dellas deue perder el heredero la herencia del finado. [...] La sesta razón es, quando el testador rogasse al heredero en poridad, que diesse aquella heredad, en que le establesbiesse, a algún fijo, o a otro, que lo non podia heredar, por que le era defendido por la ley. Ca si el heredero, cumpliesse tal ruego, o mandamiento del testador, e la entregasse al otro, perderia porende el derecho que auia en la heredad. E por qualquier destas seis razones sobre dichas pierde el heredero la herencia, e deuela auer el Rey: e por estas mismas razones quel heredero deue perder la herencia, por esas mismas perderian las mandas aquellos a quien fuesen fechas». LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio: Glosadas*, Tomo III, op. cit., págs. 122 y 125 - 126. Véase, también, COSTA, J., *Fideicomiso y Albaceazgos de Confianza y sus Relaciones con el Código Civil Español*, op. cit., págs. 19 - 22.

<sup>940</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. II, op. cit., pág. 525; BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, op. cit., págs. 30 - 32, *La Sustitución*

Básicamente, eran tres los objetivos que se perseguían con esta modalidad de fideicomiso. Primero, impedir que los actos pródigos de los hijos resultaran en la dilapidación de los bienes hereditarios y, por ende, en su propia miseria. En otras palabras, mantener el caudal hereditario en interés de la familia, sin hacer distinción alguna entre los llamados, por razón de sexo o edad, para que esta pudiera disfrutar de un bienestar económico estable. Segundo, perpetuar a las grandes familias, evitando la disolución de sus patrimonios. Tercero, beneficiar a los libertos con la donación de una finca, que no solo se mantendría, a su vez, entre ellos y su sucesión, sino que, además, serviría como medio para honrar perpetuamente la memoria del fundador.<sup>941</sup>

Originalmente, su duración era definida por la voluntad del testador, que podía optar entre limitarla al llamamiento de todos sus hijos o de uno solo de ellos o extenderla de forma perpetua mediante la vocación efectuada a todas las generaciones de su familia, mientras subsistiera algún integrante de esta. Esta posibilidad de instaurar perpetuamente el fideicomiso de familia, no obstante, fue suprimida por el Emperador Justiniano a través de su Novela CLIX, Constitución CXXVII, Capítulos I al III. En la medida en que mediante esta se limitó su establecimiento hasta la cuarta generación para que los bienes fideicomitidos no quedaran indefinidamente inamovibles en el ámbito familiar y pudieran, así, incorporarse al tráfico del comercio.<sup>942</sup>

Sucesivamente, la naturaleza del fideicomiso romano, aunque terminológicamente calificado como sucesión fideicomisaria, se hizo formar parte integral del Código de las

---

*Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., pág. 25, «La Sustitución Fideicomisaria como Medio de Protección de los Tutelados en Italia, y de los Incapacitados en Italia», op. cit., pág. 1; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, op. cit., pág. 211; TORRENT RUIZ, A. J., *Manual de Derecho Privado Romano*, op. cit., págs. 641 - 642; CLEMENTE DE DIEGO, F., «El Fideicomiso de eo quod supererit», op. cit., págs. 39, 41, 43 - 47. Ver, también, DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, op. cit., págs. 42 - 43; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, op. cit., pág. 706; GONZÁLEZ PALOMINO, J. «Enajenación de Bienes Pseudo - Usufructuados», op. cit., pág. 31; PUIG FERRIOL, L., *El Heredero Fiduciario*, op. cit., pág. 20.

<sup>941</sup> COSTA, J., *Fideicomiso y Albaceazgos de Confianza y sus Relaciones con el Código Civil Español*, op. cit., págs. 23 y 24. Ver, además, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, op. cit., pág. 211; CLEMENTE DE DIEGO, F., «El Fideicomiso de eo quod supererit», op. cit., págs. 37, 39, 41 y 46.

<sup>942</sup> GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tercera Parte: Novela*, op. cit., págs. 516 - 520, esp. en la pág. 519; TORRENT RUIZ, A. J., *Manual de Derecho Privado Romano*, op. cit., págs. 641 - 642; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, op. cit., pág. 211; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, op. cit., pág. 706; BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, op. cit., págs. 32 - 33, 37 - 38 y 39. Véase, también, COSTA, J., *Fideicomiso y Albaceazgos de Confianza y sus Relaciones con el Código Civil Español*, op. cit., págs. 23 - 25; CLEMENTE DE DIEGO, F., «El Fideicomiso de eo quod supererit», op. cit., págs. 45 y 47; DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, op. cit., pág. 43; GONZÁLEZ PALOMINO, J. «Enajenación de Bienes Pseudo - Usufructuados», op. cit., pág. 31.

Partidas al admitirse como institución en la Ley XIV<sup>943</sup>, Título V, Partida VI. Y al regularse y conferirse en su Ley VIII<sup>944</sup>, Título XI, Partida VI, la eficacia de la cuarta trebeliánica, que por virtud del Senadoconsulto Trebeliánico se había concedido a favor del heredero fiduciario para motivarlo a que aceptara la herencia fideicomitada. A través de esta figura el instituido tenía la facultad de retener una cuarta parte del caudal hereditario antes de restituírle el mismo al fideicomisario. Si el instituido se negaba a aceptar la herencia o habiéndola recibido no quería cumplir con entregarla al fideicomisario, el juzgado podía obligarle a ello. Disposiciones similares a las contenidas en las Partidas se insertaron en la Ley Única, Título XIX del Ordenamiento de Alcalá de 1348<sup>945</sup>, pasaron al Ordenamiento

---

<sup>943</sup> «Fideicommissaria substitutio en latín, tanto quiere dezir en romance, como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa en su mano, que la de a otro; assi como si dixesse el fazedor del testamento: Establezco por mio heredero a fulano, e ruegole, o quiero, o mando, que esta mi herencia, que yo le dexo, que la tenga tanto tiempo, e que despues que la de, e entregue a fulano. E tal establecimiento como este puede fazer todo ome a cada vno del Pueblo, solo que non le sea defendido por algunas leyes de este nuevo libro. Pero dezimos que este que es rogado, e establesido de esta manera, que deue dar, e entregar la herencia al otro, assi como el testador mando; sacando ende la quarta parte de toda la herencia, que puede tener para sí. E esta quarta parte es llamada en latín, Trebellianica. E si este que assi fuesse establesido por heredero, non quisiessse rescebir la heredad, o despues que la ouiere rescebido, non la quisiere entregar al otro, puede apremiar el Judgador del logar, que lo faga». Véase: LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio: Glosadas*, Tomo III, op. cit., págs. 82 – 85.

<sup>944</sup> «Trebellianica dizen en latín la quarta parte, que el heredero deue auer de los bienes de la herencia en que es establesido, quando es rogado del testador, que de, o entregue despues la herencia a otro. Pero deue contar en esta su parte las cosas que el fazedor del testamento le mando, si las ouo. E aun dezimos, que los frutos que tomo de tal herencia de mientra que la ouo, si fueren tantos, que montaren tanto quanto podria valer la quarta parte que el deue auer, estonce non deue tomar ninguna cosa de la heredad; ante la deue dar libre, e quita, a aquel a quien le rogaron que la diessse. E si por auentura tanto non valiessen los frutos que el saco ende, contando ante lo que el rescibio dellos, sobre esto deuese entregar de los bienes de la herencia fasta que aya la quarta parte. E si mas montaren los frutos, que lo que el deue auer por razon desta quarta parte, estonce dezimos, que si el testador le señalo dia a que rindiesse la heredad, e a aquel plazo a quien la deuia entregar, que auer deue todos los frutos, por la quarta parte que deuia auer, quanto quier que valan mas. E si non le señalaron dia cierto, a que diessse la heredad, e aquel que la deuia auer fuesse negligente en demandarla, sabiendolo; estonce dezimos, que este que era tenedor de la heredad, aura los frutos della, e non los contara en la su quarta parte. Mas si este atal fuesse rebelde de dar la heredad, o lo metiesse por alongamiento maliciosamente: estonce, quanto quier que valan mas los frutos, que el esquilmo de la su parte que deue auer, sera tenuto de los dar al otro con la heredad. E lo que diximos en esta ley en razon de los frutos que deuen ser contados en la quarta parte, segun que es sobredicho, ha logar, quando el heredero, a quien ruega que de la heredad a otro, non es de los fijos del testador. Ca si dellos fuesse, estonce los frutos que esquilmasse este fijo del fazedor del testamento, mientra que touiesse la heredad en su poder, non seran contados en la su parte legitima; ante dezimos, que esta parte deue ser sacada enteramente de los bienes de la herencia, e non de los frutos della, maguer el testador lo ouiesse mandado de otra guisa. Pero lo que diximos desta quarta parte en esta ley, se deue entender de esta guisa, que el heredero la deue auer, quando entra la heredad de su grado, sin constreñimiento ninguno que el Juez le fiziesse. Mas si es rebelde, non la queriendo entrar, e lo ouiesse a fazer por premia, e mandamiento del Juez, estonce non sacara la quarta parte sobredicha. Ante dezimos, que es tenuto de dar, e de entregar la heredad, con los frutos della, a aquel que le rogo, o mando el testador, que la diessse. Otrosi dezimos, que el es siempre tenuto de pagar su parte de las debdas que deuiesse el testador, quanto le copiesse a pagar por razon de esta quarta parte». LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio: Glosadas*, Tomo III, op. cit., págs. 210 – 212.

<sup>945</sup> «...et si alguno dexare a otro en su postrimera voluntat heredat, o manda, o mandare que la den, ò que la aya otro, e aquel primer a quien fuere dejada, non la quisiere, mandamos que el otro, o otros que la puedan tomar, e aver». JORDAN DE ASSO Y DEL RÍO, I. y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., *El Ordenamiento de Leyes, que Don Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares en el Año de Mil Trescientos y Cuarenta y*

Real 5, 2, 1, fueron compiladas como Ley I, Título II, Libro V del Ordenamiento de Montalvo de 1484<sup>946</sup>, se incluyeron, también, en la Ley I, Título IV, Libro V de la Nueva Recopilación de 1567 y, finalmente, se hicieron formar parte de la Novísima Recopilación de 1805<sup>947</sup>, específicamente, en su Ley I, Título XVIII, Libro X. Con la salvedad de que en cada una de estos estatutos ya no era preciso el apremio judicial al fiduciario que no quería aceptar o renunciara a la herencia o el legado, puesto que los fideicomisarios estaban facultados para realizar dicha encomienda por sí mismos, es decir, podían adir directamente la herencia y percibirla íntegramente.<sup>948</sup>

Aun con las denominadas leyes de desvinculación que se promulgaron en el periodo que se extendió desde octubre de 1820 hasta agosto de 1841 para combatir el régimen feudal, la figura jurídica del fideicomiso persistió, al menos, en su carácter de sustitución fideicomisaria temporal. Precisamente, la Ley de 11 de octubre de 1820, estatuto con el que se dio inicio a la historia de las legislaciones desvinculadoras, tuvo como propósito el reincorporar a la libre circulación aquellos bienes vinculados, por ejemplo, por virtud de la institución del mayorazgo, mediante la cual el orden sucesorio se diseñaba en base a los criterios discriminatorios de masculinidad y primogenitura, y de los fideicomisos perpetuos e inalienables. En otras palabras, se perseguía extinguir e impedir el establecimiento de toda clase de vinculaciones perpetuas y sujetas a la prohibición o gravamen de enajenación.<sup>949</sup>

---

Ocho, Ed. Librería de los Señores Viuda é Hijos de D. Antonio Calleja, Madrid, 1847, págs. 28 – 29, [www.fama2.us.es/fde/ocr/2004/ordenamientoDeAlcala.pdf](http://www.fama2.us.es/fde/ocr/2004/ordenamientoDeAlcala.pdf), última consulta el 5 de febrero de 2017.

<sup>946</sup> «...y si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad por heredero, o le legare, o mandare alguna cosa para que le den a otro alguno a quien sustituye en la herencia, o manda: si el tal heredero, o legatario no quisiere aceptar, o renunciare la herencia, o legado: el sustituto o sustitutos lo pueden aver todo». Ordenanzas Reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el Doctor Alphonso Díaz de Montalvo, en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo VI, Ed. Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1849, pág. 405.

<sup>947</sup> «[...] Y si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad por heredero, o le legare o mandare alguna cosa, para que la dé a otro alguno a quien substituyere en la herencia o manda, si el tal heredero o legatario no quisiere aceptar, o renunciare la herencia o el legado, el substituto o substitutos lo puedan haber todo». Ver: *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Tomo V, Libros X, XI y XII, pág. 120, [fama2.us.es/fde/ocr/2006/novisimaRecopilacionT5.pdf](http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/novisimaRecopilacionT5.pdf); *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo IX, Ed. Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1850, pág. 396.

<sup>948</sup> DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, op. cit., págs. 49 y 51; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio. El Fenómeno Sucesorio. Principios. Instituciones Controvertidas*, volumen 1, op. cit., págs. 187 – 188 y 199; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., pág. 19, Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, op. cit., págs. 14, 62, 545; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículo 781 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, op. cit., págs. 134 – 135. Véase, además, COSTA, J., *Fideicomiso y Albaceazgos de Confianza y sus Relaciones con el Código Civil Español*, op. cit., pág. 22; GONZÁLEZ PALOMINO, J. «Enajenación de Bienes Pseudo – Usufructuados», op. cit., págs. 28 y 32.

Finalidad que se restableció a través del Decreto de 30 de agosto de 1836. Y que se confirmó definitivamente con la Ley de 19 de agosto de 1841. Todas estas normativas, a su vez, fundamentadas en el contenido de la Real Cédula de 14 de mayo de 1789 dictada por Don Carlos IV.<sup>950</sup> De ahí que, al interpretar conjuntamente todos estos documentos legales, la doctrina entendiera que dentro de la categoría de fideicomisos solo quedaban suprimidos aquellos que fueran perpetuos, pues los esquemas fideicomisarios temporales y enajenables subsistían por no estar comprendidos en las diversas legislaciones mencionadas.<sup>951</sup>

---

<sup>949</sup> Concretamente, por un lado, en su art. 1 se disponía: «Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronazgos, y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros, o de cualquier otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de absolutamente libres». Mientras, por otro lado, en su art. 14, en lo pertinente, se establecía: «Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora, ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, [...], ni vinculación alguna, sobre ninguna clase de bienes o derechos, ni prohibir directa o indirectamente su enajenación...». PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F., *Comentario a las Leyes de Desvinculación*, Ed. Establecimiento Tipográfico de Don Ramón Rodríguez de Rivera, 3ª edición, Madrid, 1847, págs. 9 y 61; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo II, 4ª edición, Ed. Imprenta de la Sra. V. é Hijas de D. Antonio Peñuelas, Madrid, 1875, págs. 336 y 368.

<sup>950</sup> «Sabed, que para evitar los daños que causa al Estado el abandono de casas y tierras vinculadas y otras cuya enajenación está prohibida [...]. Y teniendo presente que el origen principal de estos manes dimana de la facilidad que ha habido de vincular toda clase de bienes perpetuamente, [...] he resuelto: que desde ahora en adelante no se puedan fundar mayorazgos, aunque sea por vía de agregación de mejora de tercio y quinto, o por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enajenación de bienes raíces o estables por medios directos o indirectos, sin preceder licencia mía, o de los reyes mis sucesores, la cual se concederá a consulta de la cámara, precediendo conocimiento de si el mayorazgo o mejora llega o excede como deberá ser a tres mil ducados de renta. Si la familia del fundador por su situación puede aspirar a esta distinción para emplearse en las carreras militar o política con utilidad del Estado, y si el todo o la mayor parte de los bienes consiste en raíces, lo que se deberá moderar disponiendo que las dotaciones perpetuas se hagan y sitúen principalmente sobre efectos de rédito fijo, como censos, juros, efectos de villa, acciones de banco u otros semejantes, de modo que quede libre la circulación de bienes estables para evitar su pérdida o deterioración, y solo se permita lo contrario en alguna parte muy necesaria o de mucha utilidad pública, declarando, como declaro, nulas y de ningún valor ni efecto las vinculaciones, mejoras y prohibiciones de enajenar que en adelante se hicieren sin real facultad, y con derecho a los parientes inmediatos del fundador o testador para reclamarlas y suceder libremente; sin que por esto sea mi ánimo prohibir dichas mejoras de tercio y quinto, con tal que sea sin vinculación perpetua mientras no concurra licencia mía, a cuyo fin derogó todas las leyes y costumbres en contrario. [...]» SEMPERE Y GUARINOS, J., *Historia de los Vínculos y Mayorazgos*, Ed. Establecimiento Tipográfico de Don Ramón Rodríguez de Rivera, Madrid, 1847, págs. 118 – 119.

<sup>951</sup> PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F., *Comentario a las Leyes de Desvinculación*, *op. cit.*, págs. V – VIII, 9 – 11, 61 – 62, 125 – 176 y 177; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículo 781 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, *op. cit.*, págs. 135 – 136, citando a la STS de 21 de octubre de 1862 y STS de 10 de marzo de 1863; BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, *op. cit.*, págs. 42 – 44, haciendo referencia, entre otras cosas, a la STS de 11 de diciembre de 1865, donde se estableció que el objeto de la Real Cédula de Carlos III no era únicamente impedir la constitución, directa o indirecta, de mayorazgos, sino también evitar que se impusiera, de igual forma, una prohibición perpetua para enajenar los bienes inmuebles, sin que precediera una Real licencia. Además de referirse a las STS de 23 de enero de 1873, 21 de diciembre de 1867 y 29 de mayo de 1866, en las que, reiteradamente, el máximo Tribunal expresó que la supresión que se pautaba en el art. 1 de la Ley de Desvinculación de 1820 no se hacía extensiva a los fideicomisos temporales. Véase, también, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo II, *op. cit.*, págs. 337 – 338, donde se presentan las discusiones parlamentarias sobre el proyecto de la ley de 1820, las cuales claramente evidencian que los fideicomisos temporales no formaban parte del objeto del estatuto de desvinculación; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, *op. cit.*, pág. 211; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones: Principios de Derecho Civil*, tomo VII, Ed. Marcial Pons, 12ª edición, Madrid, 2017,

Durante el proceso de codificación del Derecho civil en España, específicamente en la etapa del Proyecto de Código Civil de 1851, fueron suprimidos, aparentemente, todo tipo de fideicomiso, incluyendo a la categoría de sustitución fideicomisaria de naturaleza temporal.<sup>952</sup> En concreto, en su art. 635 se disponía: «[t]oda sustitución fuera de las señaladas en los artículos 629, 630 y 638, se considera como fideicomiso, y es nula, sea cualquiera la forma con que se la revista».<sup>953</sup> Sin embargo, si se examinan los mencionados preceptos se puede observar que mientras los primeros dos se refieren a la sustitución vulgar, en el tercero se integran, entre otras cosas, tanto la sustitución pupilar como la fideicomisaria, aunque ambas en un ámbito limitado. Por un lado, en el primer apartado del art. 638 se establecía que «[n]o se entiende sustitución prohibida, la disposición en que el testador deje la propiedad a uno, y el usufructo a otro u otros con la limitación prescrita en el art. 437»<sup>954</sup>, que aludía a que esa sucesión sucesiva o simultánea solo podía concederse a favor de personas que estuvieran vivas al momento de la muerte de aquel que instituyó el beneficio. Mientras, por otro lado, en el tercer párrafo del mismo precepto se disponía: «[p]uede asimismo dejar un padre la parte libre de sus bienes a su hijo, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que el segundo tenga o tuviere, limitándose la restitución a los nietos del testador, sin pasar a otros grados. En este caso, el hijo gravado con la restitución queda sujeto a todas las obligaciones del usufructuario».<sup>955</sup>

---

pág. 112; GONZÁLEZ PALOMINO, J. «Enajenación de Bienes Pseudo – Usufructuados», *op. cit.*, págs. 49 y 52 - 53; SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I*, *op. cit.*, pág. 1019; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio. El Fenómeno Sucesorio. Principios. Instituciones Controvertidas*, volumen 1, *op. cit.*, pág. 199, añadiendo que tal circunstancia fue sancionada por la Ley Hipotecaria de 1869 y diversas leyes fiscales; DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, *op. cit.*, pág. 51, no solo coincide con VALLET DE GOYTISOLO en cuanto a que la subsistencia de los fideicomisos temporales se validaba en la «Ley Hipotecaria anterior», sino también en el texto de la Ley de 23 de mayo de 1845, que aludía a ellos como vigentes.

<sup>952</sup> DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, *op. cit.*, pág. 51; ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil en sus Relaciones con las Legislaciones Forales*, Tomo I (1884), en *Manuel Alonso Martínez: Vida y Obra*, (coords.) C. Rogel Vide, y C. Vattier Fuenzalida, *op. cit.*, pág. 1218; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, *op. cit.*, págs. 211 y 212; BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, *op. cit.*, págs. 44, 45 y 47; SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I*, *op. cit.*, pág. 1019.

<sup>953</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, *op. cit.*, págs. 342 – 343, esp. en la pág. 342.

<sup>954</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, *op. cit.*, págs. 228, 344 - 345, esp. en las págs. 228 y 344.

<sup>955</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, *op. cit.*, pág. 344 – 345, esp. en la pág. 344.



Este criterio radical del Proyecto de Código Civil de 1851 desapareció de forma más evidente en el Proyecto de Código Civil de 1882, ya que en este se admitió y reguló la institución de la sustitución fideicomisaria en sus arts. 782 al 788. Particularmente, en su art. 782 se dispuso que «[l]as sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».<sup>956</sup>

La determinación de favorecer la sustitución fideicomisaria temporal y proscribir aquellas de naturaleza perpetua, en clara contradicción con la posición, de rechazo absoluto a cualquier tipo de fideicomiso o la imposición sobre el mismo de severas restricciones, asumida por ciertos países europeos como por ejemplo, y en aquel entonces, respectivamente, Italia o Francia<sup>957</sup>, surgió como resultado del debate que la Comisión General de Codificación tuvo respecto a esta institución jurídica. Su criterio lo fundamentaron en varias consideraciones. De una parte, era su interés respetar el principio de la libertad de los bienes inmuebles que había sido proclamado por los legisladores a través de los estatutos de desvinculación. De otra parte, entendían que no existía justificación alguna, jurídica, filosófica, histórica o económica, para limitar la libertad del propietario, de forma tan categórica. En definitiva, consideraban que «[l]o verdaderamente importante en el fideicomiso es fijar su extensión, porque prohibirle es un acto de tiranía, una violación del derecho individual; y permitir que se establezca indefinidamente o en favor de muchas generaciones, es volver a amortizar y esterilizar la tierra, resucitar la vinculación y herir un alto interés social».<sup>958</sup>

---

<sup>956</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882 – 1888)...*, *op. cit.*, pág. 246.

<sup>957</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, *op. cit.*, págs. 39 – 42, 44, 45, 48, 135, esp. en las págs. 42 y 135, «La Sustitución Fideicomisaria como Medio de Protección de los Tutelados en Italia, y de los Incapacitados en Italia», *op. cit.*, págs. 1 – 3 y 5, comentando que en el caso de Italia la prohibición de la sustitución fideicomisaria permaneció hasta el 1942, año en que se promulgó su vigente Código Civil. En el mismo, se contemplaron, específicamente en el art. 692, dos tipos de sustituciones fideicomisarias, la familiar y la de beneficencia. Modalidades que fueron suprimidas y sustituidas por la denominada «sustitución fideicomisaria asistencial», que está regulada en los arts. 692 al 699 del CC, a través de la Ley de 19 de mayo de 1975, N° 151, de reforma del Derecho de Familia. De ahí que en Italia, hoy día, la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria solo cumpla la finalidad de servir como una herramienta sucesoria asistencial a favor de las personas incapacitadas. Véase, además, ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil en sus Relaciones con las Legislaciones Forales*, Tomo I (1884), en *Manuel Alonso Martínez: Vida y Obra*, (coords.) C. Rogel Vide, y C. Vattier Fuenzalida, *op. cit.*, pág. 1218; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, *op. cit.*, pág. 211; PUIG FERRIOL, L., *El Heredero Fiduciario*, *op. cit.*, págs. 21 – 22; SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I*, *op. cit.*, pág. 1019.

La síntesis de este debate, que propició que se discriminaran los diversos tipos de fideicomisos, optándose por descartar aquellos representativos de vinculaciones perpetuas y aceptándose incluir en la normativa civil a la sustitución fideicomisaria de carácter temporal, a pesar de suponer también una vinculación de bienes, se recogió en lo que se denominó como las cinco Bases<sup>959</sup>, que fueron redactadas por el Sr. Manuel Durán y Bás y aprobadas por la Comisión el 15 de noviembre de 1882. Estas cinco Bases no solo sirvieron como contenido directivo para estructurar y definir la naturaleza de la sustitución fideicomisaria incluida en el Proyecto de Código Civil de 1882, sino que dichos parámetros permanecieron de forma análoga en los diversos Proyectos de Código Civil e inclusive se incorporaron definitiva en el vigente Código Civil de 1889, donde la norma de esta institución se ubicó entre los arts. 781 al 789, específicamente en sus arts. 781, 782, 783.1 y .2 y 785.1.<sup>960</sup>

Circunstancia que se evidencia de la propia Ley de 11 de mayo de 1888<sup>961</sup>, a través de la que se establecieron las bases para elaborar el actual Código Civil de España, y, específicamente, de sus Bases 15 y 16. En la primera se destaca que «[e]l tratado de las

---

<sup>958</sup> ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil en sus Relaciones con las Legislaciones Forales*, Tomo I (1884), en *Manuel Alonso Martínez: Vida y Obra*, (coords.) C. Rogel Vide, y C. Vattier Fuenzalida, *op. cit.*, pág. 1218. Véase, además, BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, *op. cit.*, págs. 45 - 46 y 47.

<sup>959</sup> El texto de las misma era el siguiente: «Base A. Las sustituciones fideicomisarias se permitirán hasta el segundo grado, y siempre si se hicieren a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Base B. Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recaen sobre las mejoras, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes. Base C. Los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos. Base D. Para que el fideicomisario pueda distraer alguna cantidad de los bienes que debe restituir, salvas las deducciones por créditos y mejoras deberá haber declaración expresa del testador. Base E. Las sustituciones fideicomisarias no hechas con palabras expresas, sea dándoles este nombre, sea imponiendo la obligación de restituir los bienes a un segundo heredero, no serán válidas». ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil en sus Relaciones con las Legislaciones Forales*, Tomo I (1884), en *Manuel Alonso Martínez: Vida y Obra*, (coords.) C. Rogel Vide, y C. Vattier Fuenzalida, *op. cit.*, pág. 1221; BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, *op. cit.*, pág. 48, nota 64; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882 - 1888)...*, *op. cit.*, págs. 246, 247 y 248.

<sup>960</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, pág. 19, Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, *op. cit.*, págs. 14, 48, 49, 545; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882 - 1888)...*, *op. cit.*, págs. 246 - 248; ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil en sus Relaciones con las Legislaciones Forales*, Tomo I (1884), en *Manuel Alonso Martínez: Vida y Obra*, (coords.) C. Rogel Vide, y C. Vattier Fuenzalida, *op. cit.*, pág. 1221; DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, *op. cit.*, pág. 51. Véase, además, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, vol. II, *op. cit.*, págs. 211 - 212; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Artículo 781 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, *op. cit.*, pág. 136.

<sup>961</sup> Ley de Bases, por la que se autoriza al gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma (Gaceta de Madrid del 22). ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., *Código Civil*, *op. cit.*, págs. 45 y 50 - 51; LEY DE BASES DE 11 DE MAYO DE 1888, por la que se autoriza al gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma, BOE-A-1888-3236, Gaceta de Madrid núm. 143, de 22 de mayo de 1888, *op. cit.*, 565 y 566.

sucesiones [del eventual Código Civil] se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión general de Codificación, reunida en pleno con asistencia de los señores Vocales correspondientes y de los señores Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1882...». Añadiéndose en su Base 16 que como materia de reforma, las sustituciones fideicomisarias «... no pasarán, ni aun en la línea directa, de la segunda generación, a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

La doctrina dejó de tener interés en la sustitución fideicomisaria, a partir de que esta se hizo formar parte del vigente Código Civil. Realidad que era contraria a la que se había manifestado desde las Partidas hasta la etapa codificadora del Código Civil, periodo en el que se produjo mucha literatura sobre el alcance y la finalidad de esta institución jurídica.<sup>962</sup> No fue hasta la aprobación de la LPPPD que la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria retomó su importancia como parte de la disciplina del Derecho de sucesiones. Debido a la incorporación en el ordenamiento jurídico civil de una sustitución fideicomisaria «especial» en beneficio de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente.

Su regulación legal está recogida en los arts. 782, 813.2 y 808 del CC, cuyo contenido en el caso de los primeros dos fueron modificados por los apartados segundo y cuarto del art. 10 de la LPPPD, mientras al último se le añadió un nuevo cuarto párrafo, por virtud del art. 10.3 del mismo estatuto. En lo pertinente, el texto del primer precepto dispone que «[l]as sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808...». Posibilidad que se ratifica en el cuarto párrafo del art. 808 del CC, al concedérsele expresamente al testador la facultad de establecer este tipo de institución «especial», en la que los fiduciarios serán sus hijos o descendientes incapacitados judicialmente y los «coherederos forzosos» fungirán como fideicomisarios. Mientras, en el segundo párrafo del art. 813 del CC se incluye a la sustitución fideicomisaria «especial» como una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima y en concreto a uno de los dos aspectos que este protege, es decir, la forma en que los bienes hereditarios son percibidos por los legitimarios. A parte de estos preceptos específicos, la aplicación de esta institución fideicomisaria especial estará sujeta, de forma supletoria y en cuanto sea

---

<sup>962</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, op. cit., págs. 16 y 545.

necesario, a las normas generales de la sustitución fideicomisaria ordinaria (arts. 781 al 789 del CC).<sup>963</sup>

### § 3

#### FINALIDAD LEGISLATIVA DEL ESQUEMA FIDEICOMISARIO EXCEPCIONAL Y VALORACIÓN DOCTRINAL DE SU EFECTO PRÁCTICO REAL

No hay discusión alguna en cuanto a que la intención legislativa de permitir esta sustitución fideicomisaria especial era proveerle al testador la posibilidad de que le pudiera atribuir mayores medios económicos a su descendiente incapacitado para crearle un balance entre sus pocos o nulos ingresos y los muchos gastos que le generan su propia incapacidad.<sup>964</sup> Evidentemente, en la mente del legislador estaba atenuar la preocupación que yace en todo ascendiente que tiene un descendiente incapacitado judicialmente, dándole la potestad de utilizar el remedio excepcional del fideicomiso para dejarle a este todos los bienes posibles, a pesar de que el ejercicio de esta facultad conlleve, inicialmente, el perjuicio de los demás coherederos descendientes.<sup>965</sup> Interpretación que se sostiene en la propia Exposición de Motivos de la LPPPD cuando declara que «[s]e permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero **sólo cuando ello beneficiare** a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado».<sup>966</sup> ¿Habría logrado el legislador alcanzar la finalidad trazada, a través de la herramienta sucesoria seleccionada?

Se ha argumentado<sup>967</sup> que si bien estaba claro el propósito que perseguía el legislador cuando optó por gravar la legítima estricta en beneficio del descendiente incapacitado, no fue

---

<sup>963</sup> RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 5; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1473. Véase, además, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, pág. 99; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 819» en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 5871; PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho Sucesorio como Instrumento de Protección del Discapacitado», en *Diario La Ley*, Año XXV, Núm. 5957, Febrero – 2004, pág. 3; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 421 - 422, «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 92 y 93; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 5 – 6, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 148.

<sup>964</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., «El Gravamen con una Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado de la Legítima Estricta de los Demás Descendientes», en *R.A.J.L.*, núm. 35, 2005, pág. 40.

<sup>965</sup> Véase: DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 895 - 896, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 290 - 291, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 18.

<sup>966</sup> *Supra.*, Parte VII de la Exposición de Motivos, pág. 40855. Énfasis suplido.

del todo acertada su plasmación concreta en el texto de la LPPPD porque el ejercicio de esta nueva facultad concedida al testador no asegura una efectiva mejoría en la posición del fiduciario incapaz, que compense el gravamen que tienen que sufrir los demás coherederos forzosos fideicomisarios. Esto debido a que en la regulación esta excepción al principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima no se justificó en una clara definición del específico ejercicio requerido de la libertad dispositiva del causante. Al formar esta normativa parte del régimen legal sucesorio, queda bastante claro que al fiduciario incapacitado, si así lo dispone el testador, podría corresponderle todo el patrimonio hereditario, como beneficio máximo. Con la salvedad de que solo recibiría la nuda propiedad de los bienes afectados por el usufructo viual, en el supuesto de que hubiera viudo, y que aunque disfrutaría de todos aquellos que estuvieran imputados al tercio de legítima estricta, debía respetar la cuantía de la porción legitimaria correspondiente a los fideicomisarios, lo que significaría que debía soportar la carga de conservar y entregar parte de los bienes objeto del primer tercio a los demás coherederos que tuvieran la condición de fideicomisarios.

Sin embargo, se considera que el legislador no determinó el beneficio mínimo que el incapacitado debía conseguir con esta modalidad excepcional de sustitución fideicomisaria, de forma que se justificara que su aplicación exceptione el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Circunstancia que hace que sea el intérprete, en cumplimiento del art. 3.1 del CC, el que posibilite técnicamente la finalidad legislativa, de manera que la misma pueda realmente alcanzarse. Así, se sugiere que la razón de esta figura especial es beneficiar efectivamente al fiduciario incapacitado y no dejarlo, más o menos, como estaba, adicionando el perjuicio al resto de los coherederos forzosos. Para la aplicación del gravamen de la legítima corta, entonces, no debe ser suficiente que exista un coheredero incapacitado, sino que el beneficio exclusivo que se genera a través suyo sea solo para él. En definitiva, que no es permisible que se desvirtúe el propósito legislativo de esta excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, utilizándola más para afectar a los coherederos forzosos del incapaz, en vez de para beneficiarlo a él.

En términos parecidos, se ha estimado que mayor es el perjuicio que el gravamen sobre la legítima estricta le causa a los fideicomisarios que el beneficio económico que de sus ventajas obtiene el fiduciario incapacitado. Más aún cuando el testador tiene la facultad de

---

<sup>967</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», en *R.J.N.*, núm. 53, Enero - Marzo 2005, págs. 120 – 123, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, (dirs.) A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Ed. Aranzadi, S. A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 777 – 778. Coincidiendo con lo señalado por este autor, SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, Ed. Iustel Portal Derecho, S. A., 1ª edición, Madrid, 2008, pág. 452.

asignar a su descendiente incapacitado el segundo y tercer tercio de su caudal hereditario, sin afectar la legítima corta. Incluso, se ha llegado a plantear que la constitución de la sustitución fideicomisaria especial podría perjudicar las relaciones familiares entre el descendiente incapacitado y sus hermanos, o tíos, no incapacitados, puesto que estos últimos deducirán, con justa lógica, que la afectación a su derecho legitimario fue consecuencia del beneficio del primero. Situación que podría motivar a que, en el futuro, los hijos o descendientes no incapaces optaran por no brindarle atención personal y afectiva al incapacitado.<sup>968</sup> Además, se considera que este fideicomiso especial es inapropiado para el supuesto en el que fiduciario y fideicomisario sean de la misma generación o, incluso, que el primero sea de una posterior al segundo. Circunstancia que, en muchos casos, pudiera

---

<sup>968</sup> Aunque para esta posible situación, la LPPPD añadió una nueva causa de indignidad para suceder en el apartado siete del art. 756 del CC, a ser aplicada a las personas que aun teniendo derecho a la herencia de un causante discapacitado no le prestaron a este las debidas atenciones de alimentos, según definido y dispuesto en los arts. 142 y 146 del CC. Al respecto, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., págs. 44 – 49, muy acertadamente puntualiza que esta causa de indignidad también puede ser aplicable en el supuesto de hecho de un causante incapacitado que no fue atendido en vida por aquellos parientes que tienen derecho a su patrimonio hereditario. Su razonamiento lógico lo fundamenta en lo siguiente: «Y es que, aunque el artículo 10 de la LPPD únicamente contemple como posibles beneficiarios a las personas con discapacidad, no ocurre lo mismo en su Exposición de Motivos, donde en su apartado VII establece que “se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida...”. Por tanto, no especifica que se trate de una persona con discapacidad, sino que habla del causante, por lo que podría entenderse que lo fuera bien la persona con discapacidad o bien la persona incapacitada judicialmente». (esp. en la pág. 49). Además de que entiende, sumándose a la perspectiva asumida por la mayoría de la doctrina, que a la persona incapacitada judicialmente le son extensivas todas las medidas de protección patrimonial que la LPPPD, por su deficiente regulación, solo le adscribe a las personas discapacitadas, ya que todo incapacitado es un discapacitado, aunque no a la inversa. Su conclusión de que se deben equiparar las personas incapacitadas judicialmente con las discapacitadas a efectos de que les apliquen los beneficios de la LPPPD, la fundamenta, también, en lo siguiente: (1) toda persona incapacitada cumplirá con el porcentaje de discapacidad física o sensorial (65% o más) o psíquica (33% o más) que exige el art. 2.2 (a y b) del mencionado estatuto para ser considerado como una persona discapacitada; (2) la equiparación sugerida se ha producido en otra norma, concretamente en el art. 53 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre las Rentas de las Personas Físicas; (3) la literalidad y falta de concreción del art. 2.3 de la LPPPD hace pensar que uno de los medios para acreditar la discapacidad es la sentencia de incapacitación dictada por la jurisdicción civil y no solo la emitida por el orden jurisdiccional social, única vía judicial que para este fin establece el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, titulado «de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad», a partir de su modificación por el Real Decreto 1856/2009 de 4 de diciembre; (4) el contrasentido que generaría, por ejemplo, que los hijos o descendientes incapacitados tuvieran que colacionar los gastos que sus padres o ascendientes hubieran invertido en sus necesidades especiales o que no pudieran excluir del cálculo de las legítimas la atribución de una donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual del causante, constituido por este o concedido de cierta forma por la ley. Véase, también, SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, op. cit., págs. 48, nota 22, 54 – 55 y 509, «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», op. cit., pág. 112; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», op. cit., págs. 855 – 856, nota 9; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», op. cit., pág. 2; DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., «Capítulo III: El Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad. La Ley 41/2003 de 18 de noviembre», en *La Protección de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)*, (dir.) S. Díaz Alabart, Ed. IBERMUTUAMUR, Madrid, 2004, págs. 99, 101 – 102 y 106.

resultar en que los bienes fideicomitidos serán recibidos por los herederos del fideicomisario porque este premurió al fiduciario incapacitado.<sup>969</sup>

Bajo similar línea argumentativa, se ha señalado que la constitución de la sustitución fideicomisaria especial pudiera tener un efecto contrario a la justicia material. En la medida en que a los coherederos no incapacitados se les estaría postergando el disfrute de su derecho legitimario, sin que la aplicación del fideicomiso excepcional se hubiese sujetado a parámetros tan importantes como, por ejemplo, (1) la situación económica del fiduciario incapaz; (2) si este cuenta o no con parientes alimentantes; (3) el estado patrimonial de los legitimarios que se verán temporalmente afectados con el gravamen fideicomisario; (4) la situación personal de los fideicomisarios que pudiera exigir de similares atenciones y protección, por tener la condición de discapacitados u otras situaciones de necesidad. La imposición de estos o similares requisitos se entiende imprescindible para regular apropiadamente la necesidad de asistencia del incapaz y la procedencia de que a los demás legitimarios se les retrase el pleno goce de su porción legitimaria. De lo contrario, podría llegarse a la incoherencia de que el ascendiente fideicomitente beneficie con los bienes fideicomitidos a un hijo incapacitado que tiene una sólida posición económica, en perjuicio de otro hijo no incapacitado con peor situación económica y, además, discapacitado. Sería igualmente incongruente que a los hermanos no incapacitados y pobres del incapaz se les prive temporalmente de su legítima para beneficio directo del incapacitado e indirecto de los descendientes ricos de este. Puesto que estos últimos verían reducido, o hasta inclusive podrían ahorrarse, lo que, conforme a los arts. 143 y 144 del CC, están obligados a abonar a su ascendiente por concepto de alimentos, porque los fideicomisarios legitimarios habrían satisfecho las necesidades y alimentos del fiduciario incapacitado, como resultado del gravamen fideicomisario que tienen que soportar sobre su porción legal.<sup>970</sup>

---

<sup>969</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», en *Homenaje al Profesor LLuis Puig Ferriol*, (coords.) J. M. Abril Campoy y M. E. Amat Llari, volumen I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 1058 y 1060, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 897 - 898, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 292 - 293, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 19. Véase, además, PEREÑA VICENTE, M., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima ¿Piedra Angular del Sistema de Protección de los Incapacitados?», en *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, (coord.) J. Pérez De Vargas Muñoz, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2006, pág. 689.

<sup>970</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 152 - 153; NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», en *Las Nuevas Herramientas de Protección Jurídico – Privadas de las Personas Dependientes. Un Estudio Comparado*, (coord.) A. Muñoz Fernández, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2014, págs. 125 - 126.

Razonamientos que, junto a la posibilidad que tiene el causante de que la legítima del resto de descendientes legitimarios se abone en metálico extrahereditario, a través de los arts. 821, 829, 841 al 847 o el 1056.2, todos del CC, y al hecho de que la disposición de los bienes legitimarios fideicomitidos a favor del descendiente incapacitado no son definitivamente en propiedad sino como fiduciario y que, además, ese fideicomiso especial no puede basarse en la imposición al fideicomisario de una carga modal u obligación condicional de que atienda las necesidades del fiduciario incapacitado, ha propiciado el planteamiento de que es previsible el escaso uso de este esquema fideicomisario excepcional. Y que, en todo caso, solo se utilizaría en el supuesto en que la herencia del testador se tratara exclusivamente de la vivienda en que reside. Ya que el fideicomiso especial impediría el proindiviso de la residencia y el consecuente peligro de que los otros coherederos forzosos fideicomisarios exijan la enajenación del bien indivisible, ante el hecho de que el fiduciario incapacitado carezca de efectivo extrahereditario.<sup>971</sup>

Incluso, se ha llegado a argumentar<sup>972</sup> que la pretendida finalidad de beneficiar al más necesitado no se alcanza plenamente si como parte de los fiduciarios se mantienen a los descendientes incapacitados. Se alega, con una serie de fundamentos con los que no coincidimos enteramente, que las personas discapacitadas, en términos generales, tienen mayores necesidades económicas que las que están incapacitadas. Por ejemplo, se sostiene que hay muchas personas incapacitadas que pueden no solo subsistir dignamente con sus exiguas pensiones, de ordinario exentas de contribuciones, sino hasta generar ahorros. Hasta se ha llegado a plantear que «[c]uanto mayor sea la afectación que le ha generado la situación de incapacitado, tendrá menores anhelos – o, diferentes, pero menos costosos – que una persona no afectada, porque sus aspiraciones *vitales* son inferiores a quien pueda gobernarse por sí mismo».<sup>973</sup> Para este autor, los incapacitados, que desde su punto de vista suelen ser personas con afecciones intelectuales, tienen necesidades, calificadas primero como «inferiores» y luego como «mayores, pero distintas», cuya satisfacción depende más de los cuidados afectivos que de los medios económicos. Aunque, al final de su razonamiento, reconoce que únicamente se puede alcanzar una subsistencia digna mediante una situación económica estable.

---

<sup>971</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 188 - 189.

<sup>972</sup> SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 451 – 452.

<sup>973</sup> SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pág. 451.



Además de las señaladas reflexiones respecto a si la alternativa de gravar la legítima estricta fue la más adecuada para cumplir con tan meritoria finalidad de beneficiar al descendiente que más lo necesite, la deficiente redacción técnico jurídica y las importantes imprevisiones respecto a esta figura excepcional contenida en la LPPPD, debido a la ligereza con que el legislador la aprobó para que su publicación coincidiera con el año europeo de las personas con discapacidad, es decir, el 2003, dieron origen, también, a incertidumbres y cuestionamientos doctrinales significativos en cuanto a su alcance.<sup>974</sup> Por ejemplo, se ha cuestionado si puede tratarse de una sustitución fideicomisaria de residuo, lo que implicaría que el testador estaría facultado para establecerla del tipo de *si aliquid supererit*. Modalidad que le permite al fiduciario poder disponer libremente de todos los bienes fideicomitidos que integran el tercio de legítima estricta. Circunstancia que en términos prácticos significaría la desheredación sin justa causa del resto de legitimarios. También, se ha llegado a pensar que se ha generado una contradicción entre la verdadera intención legislativa que perseguía que los hijos o descendientes tutelados fueran los únicos beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial y el efecto práctico que ha tenido esta figura jurídica, al hacerse extensiva además a aquellas personas curateladas que componen este grupo parental.<sup>975</sup>

Debido a estas consideraciones y, entre otras cosas, a que la frase «persona incapacitada judicialmente», que es la que se utiliza en la LPPPD para identificar sobre quién recae la protección de la sustitución fideicomisaria especial, ha sido sustituida tanto en el ámbito penal como en el civil del ordenamiento jurídico español<sup>976</sup>, se ha sugerido que la regulación de esta figura jurídica especial debe ser objeto de modificación y ampliación.<sup>977</sup> Para lo cual, sería oportuno no volver a poner un «parche» con relación a un caso específico, sino realizar una reforma tomando como guías tan excelentes y pertinentes recomendaciones:

---

<sup>974</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 114 y 119; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 21, 96 – 98, añadiendo que como parte de ese «oportunismo legislativo» fueron aprobadas en ese mismo año dos leyes más a favor de este colectivo: la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *supra.*, que se derogó e integró en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, *supra.*, y la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

<sup>975</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 21, nota 5, y 22.

<sup>976</sup> Con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2015, ahora se utiliza el término «personas con discapacidad necesitadas de una especial protección». Mientras en la Ley 15/2015, 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015, siguiendo la línea marcada por la Carta de Derechos de las Personas con Discapacidad, se hace referencia a la «persona con capacidad modificada judicialmente».

<sup>977</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 21 – 22 y las notas 5 y 7.

«[Se debe hacer] sin apresuramiento, teniendo en cuenta cuáles son las necesidades a cubrir, así como el sentir en este punto de nuestra sociedad. Y desde luego tomando en consideración las consecuencias que tiene la reforma de cada precepto en los que se relacionan con él. Esto que siempre es esencial, se hace aquí absolutamente imperativo, porque el Derecho de sucesiones es un sector de los más complejos y elaborados del ordenamiento, en el que cada institución se engarza con otras, y es imposible llevar a cabo una buena reforma si no se considera la complejidad y matices de las figuras junto al funcionamiento del sistema completo».<sup>978</sup>

Estos destacados conflictos doctrinales relacionados con varios aspectos de la normativa de esta sustitución fideicomisaria especial, productos de la desconexión entre el propósito legislativo declarado en la exposición de motivos y su desacierto al trasponerlo en el texto legal resultante de la reforma, que fueran presentados de forma general, serán atendidos, contrastados y confrontados con mayor profundidad en los consecuentes apartados de este trabajo. Nuestra intención es contraponer las diversas opiniones doctrinales que se han elaborado sobre estos asuntos, y otros adicionales, a la vez que ofrecemos nuestro parecer sobre cada una de las cuestiones que tratemos.

Adelantamos, no obstante, que coincidimos con lo previamente apuntado, en cuanto a que debido a la falta de respuesta o vacío legislativo o más bien a la disonancia entre el fin perseguido y su falta de adecuación a los medios, es decir, su desacertada traducción legal, respecto al margen o efecto que debe tener la libertad dispositiva del testador para poder ejercer su facultad de constituir una sustitución fideicomisaria especial, el exégeta debe asumir su responsabilidad, conforme el art. 3.1 del CC, de hacer prevalecer aquello que es fundamental en cualquier estatuto, su espíritu o finalidad. De lo contrario, estaremos ante letra muerta o más bien, en lo pertinente, ante una institución jurídica impráctica e inutilizada. Claro está, sin olvidar que la reforma que la LPPPD efectuó a los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC se trata de una excepción a la regla general de que se debe respeto a la intangibilidad de la legítima y, por lo mismo, lo más razonable es que la figura del fideicomiso especial sea sometida a una interpretación restrictiva para, así, perjudicar lo menos posible la posición del resto de los coherederos forzosos no incapacitados. Se trata de hacer una hermenéutica en la que se logre establecer un balance entre el cumplimiento del espíritu de la norma y la afectación mínima posible de los derechos legitimarios de los fideicomisarios no incapacitados.

---

<sup>978</sup> DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 269, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 3, «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1060.

## § 4

### REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL

#### A. Ámbito subjetivo

En modo similar a la sustitución fideicomisaria ordinaria, son tres los sujetos que intervienen en este esquema fideicomisario especial. Nos referimos al fideicomitente, al fiduciario y al fideicomisario. En esta parte, precisamente, trataremos de determinar de quién se trata cada cual y que responsabilidades, respectivamente, asumen como resultado de formar parte de esta figura sucesoria excepcional.

#### 1. Fideicomitente

Según el contenido de los arts. 782 y 808.4 del CC, el fideicomitente, esto es el que crea el fideicomiso, será aquel testador que sea padre, madre o ascendiente, en general, de unos hijos o descendientes incapacitados, ya que se trata de un supuesto en el que es posible el establecimiento de una sustitución fideicomisaria que recaiga sobre el primer tercio de la herencia, es decir, sobre la denominada legítima estricta o corta. Ese fideicomitente, en otras palabras, podrá tratarse, por ejemplo, del abuelo de los fiduciarios y del padre de los fideicomisarios o viceversa. Los descendientes no están legitimados para imponer esta institución sucesoria especial sobre la legítima de sus padres o ascendientes y en beneficio de aquel que de este grupo de parientes esté incapacitado. Tampoco podrá ser fideicomitente el cónyuge que desea establecer un gravamen sobre la legítima de sus descendientes como medio de protección a su consorte incapacitado. Es evidente que cualquier testador puede imponer una sustitución fideicomisaria ordinaria sobre el tercio de libre disposición e incluso sobre el segundo tercio de la herencia, siempre que en este último caso se haga en beneficio de un hijo o descendiente, sea legitimario o no. No obstante, será preciso que sea un ascendiente el testador que imponga el fideicomiso especial sobre la legítima estricta.<sup>979</sup>

---

<sup>979</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 420, «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 91; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 49 y 81; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 100 y 125; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 5 – 6, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 149; MORENO FLÓREZ, R. M<sup>a</sup>, «La Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, 1<sup>a</sup>. edición, Madrid, 2014, pág. 1009. Véase, además, PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho Sucesorio como Instrumento de Protección del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 2, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima ¿Piedra Angular del Sistema

En la doctrina, sin embargo, no hay acuerdo en cuanto a si como parte de la delegación de las facultades del art. 831 del CC, precepto que también fue objeto de reforma por la LPPPD, el testador le puede conceder a su cónyuge superviviente, además, la potestad para instituir un fideicomiso sobre el tercio de legítima estricta. Teniéndose en cuenta que cuando el testador le confiere a su cónyuge sobreviviente las potestades del art. 831 del CC lo hace, precisamente, para que efectúe todas aquellas disposiciones que aunque pudo haberlas realizado, no lo hizo porque prefirió que las mismas fueran hechas por su viudo.<sup>980</sup> De ahí que se haya reconocido que esta herramienta sucesoria es importante y necesaria, entre otras cosas, para resolver la diversidad de problemas que se suscitan en un entorno familiar donde cohabitan personas discapacitadas o incapacitadas. Y, más específicamente, para servir como medio para proveerle, de forma directa o indirecta, un sólido patrimonio económico a aquel o aquellos de sus hijos o descendientes comunes que, por su condición de discapacidad o incapacidad, precisen de mayor ayuda para satisfacer sus necesidades vitalicias.<sup>981</sup>

Concretamente, sobre el particular se han originado tres tendencias doctrinales. Aquella que considera que la facultad de instituir un fideicomiso especial forma parte de las potestades del art. 831 del CC que pueden ser delegadas por el testador al cónyuge viudo. Es decir, la que piensa que las facultades del delegado fiduciario del art. 831 del CC son omnicomprendivas. Los que niegan enteramente esa autoridad al cónyuge fiduciario del art. 831 del CC. Y aquellos que opinan que la potestad de establecer una sustitución fideicomisaria sobre la legítima corta no está incluida entre las facultades del art. 831 del CC,

---

de Protección de los Incapacitados?», *op. cit.*, pág. 692, *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2006, pág. 123; COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», en *La Familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro*, (coord.) A. L. Rebolledo Varela, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2010, pág. 362.

<sup>980</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 902 y 904, nota 145, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 296 y 297, nota 97, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 21 y 22, nota 95.

<sup>981</sup> GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los Actuales Artículos 831 y 1056.2 del Código Civil: Aplicaciones Prácticas ante el Sistema de Legítimas», *op. cit.*, pág. 129, «Los Nuevos Artículos 831 y 1056. 2 del Código Civil: Algunas Aplicaciones», *op. cit.*, pág. 2025; RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», en *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Juan José Rivas Martínez*, (dir.) A. Pérez-Bustamante De Monasterio, tomo I, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pág. 602. Véase, además, ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación Fiduciaria de la Facultad de Distribuir y Mejorar (Notas al artículo 831 del Código Civil – Ley 41/2003)», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coords.) J. M. González Porras, y F. P. Méndez González, tomo II, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª edición, Murcia, 2004, pág. 4283; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 312 – 313.

puesto que su ejercicio por el cónyuge supérstite estará supeditado a la autorización expresa del testador. Pasemos a examinar cada una de ellas para conocer los razonamientos en los que se apoyan.

Diversos fundamentos jurídicos se han desarrollado para sostener la posición de que el testador está impedido de delegarle a su cónyuge viudo, por virtud del art. 831 del CC, la autoridad para constituir una sustitución fideicomisaria especial. Se ha argumentado, por ejemplo, que no se debe permitir tal delegación porque estamos ante una facultad personalísima del causante, el fideicomiso sobre la legítima estricta es una institución sucesoria de carácter excepcional y por el respeto que se le debe a las legítimas de los descendientes, exigencia que se hace, igualmente, manifiesta, específicamente respecto a los comunes, en el art. 831.3 del CC.<sup>982</sup> En términos similares, se ha afirmado que la facultad de constituir esta modalidad de esquema fideicomisario no está incluida dentro de las potestades que se le concede al cónyuge supérstite a través del art. 831 del CC. Ni este ni ninguna otra persona puede sustituir al testador ascendiente en el ejercicio de esta potestad. Para este autor no puede haber compatibilidad entre el establecimiento de un gravamen sobre la legítima estricta que el testador no quiso imponer y el respeto que a esta porción le debe el cónyuge viudo. Criterio que fundamenta tanto en la «necesidad de interpretación estricta del fideicomiso, como [en] la debida protección de los legitimarios[,] que aboga, asimismo, por la interpretación estricta de los gravámenes que se puedan imponer a su legítima».<sup>983</sup>

Otro argumento en contra se ha basado en la literalidad del art. 831.1 del CC que, en lo pertinente, dispone que al cónyuge viudo se le pueden otorgar facultades para que realice «[...] a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición [...]». Expresión que se ha interpretado como que la facultad de mejorar que el testador le delega al cónyuge supérstite a través de este precepto no se extiende al primer tercio de la herencia, sino que está limitada al segundo y tercer tercio de esta. Siendo así y significando la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta una mejora para el

---

<sup>982</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «La Reformulación por la Ley 41/2003 de la Delegación de la Facultad de Mejorar», en *A.D.C.*, tomo LXI, Enero - 2008, pág. 104. En sentido similar, aunque de forma no tan categórica, COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, pág. 377, expresó: «Creo que la posibilidad que se ofrece al testador en los artículos 782 y 808 es algo muy excepcional y no estoy seguro de que se pueda incluir entre las facultades que el 831 otorga al cónyuge supérstite».

<sup>983</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 127 y nota 25, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, pág. 780. Véase, además, TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 91.

beneficiario de dicho gravamen<sup>984</sup>, se entiende que el cónyuge sobreviviente está impedido de instituir la misma. Ya que si para que pudiera otorgar mejoras con el tercio de libre disposición se requería de una expresión clara del legislador a tales efectos, más aún esta hubiera sido necesaria para autorizarle la realización de mejoras a costa del tercio de legítima estricta.<sup>985</sup>

Cada uno de estos razonamientos fueron controvertidos por cierta autora.<sup>986</sup> En cuanto al primero, arguye que en ninguna parte del texto legal se menciona que la facultad de establecer el fideicomiso especial sea de carácter personalísimo del causante en mayor medida que con respecto, por ejemplo, a la distribución del segundo tercio del caudal hereditario. Su institución es más bien una forma más de mejorar a los descendientes y, particularmente, a los que estén incapacitados. Añadiendo que a la institución legitimaria que se exige y se debe respeto, conforme el art. 831 del CC, es a la que hoy día se encuentra regulada en el art. 808 del CC, precepto mediante el cual se permitió que la legítima estricta fuera objeto de gravamen con una sustitución fideicomisaria. Respecto al segundo planteamiento, argumenta que con la autorización del fideicomiso especial el legislador decidió priorizar sobre el interés del descendiente incapacitado, en lugar de en los derechos legitimarios del resto de ellos que tuvieran plena capacidad de obrar. Así que el admitir que se delegue en el cónyuge viudo la facultad de instituirlo no supondrá que a los hijos o descendientes no incapacitados se les desproteja más de lo que ya se permite con el art. 808 del CC. Tampoco, esta posibilidad implica una interpretación extensiva de esta institución fideicomisaria excepcional porque no se alteran sus presupuesto subjetivos, objetivos ni sus requisitos, en general. Rechaza también el tercer argumento porque es su parecer que la expresión «[...] incluso con cargo al tercio de libre disposición [...]», que se incluye en el art. 831 del CC, en referencia a las mejoras que el viudo puede hacer a favor de los hijos o descendientes comunes, es otra forma de decir que el cónyuge delegado cuenta con la

---

<sup>984</sup> Al respecto, se puntualiza que al tratarse de una mejora, la misma, conforme a los arts. 829 y 832 del CC, podrá ser en cosa cierta, en cuota o en cantidad. Para conocer más en detalle la discusión sobre este asunto, véase: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 107 - 108.

<sup>985</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 51, «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados: Algunos de los Problemas que Plantea», en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad: Comunicaciones*, (dir.) J. Pérez de Vargas Muñoz, (coord.) M. Pereña Vicente, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pág. 254.

<sup>986</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 902 y 903, nota 143, «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1059.

facultad para hacer lo mismo que podía realizar el consorte fallecido, que tenía ciertas limitaciones antes del 2003 y que luego de esa fecha tiene otras diferentes. De ahí su planteamiento de que está permitido hacer mejoras con cargo al segundo, tercero y hasta con el primer tercio de la herencia mediante el fideicomiso especial, a partir del 2003.

Para sostener aún más su criterio de que es posible que el cónyuge supérstite pueda constituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, esta autora<sup>987</sup>, además, destaca que en el texto del art. 808 del CC, precepto donde precisamente se regula esta facultad, no se menciona que dicha autoridad deba ejercitarse exclusivamente por el testador y que resulte indelegable a través del art. 831 del CC. De manera que si el testador le concede a su cónyuge sobreviviente las potestades del art. 831 del CC y no excluye, expresa o tácitamente, la opción de que pueda instituir un fideicomiso especial, tal posibilidad estará incluida como parte de las mejoras que este puede realizar por virtud de dicho precepto.

Esta autora reconoce que para los supuestos ordinarios persiste la regla general de que la legítima es intocable. De ahí la expresión que se incluye en el art. 831.3 del CC de que «[e]l cónyuge, al ejercitar facultades encomendadas, deberá respetar la legítima estricta de los descendientes comunes [...]». No obstante, entiende que esta regla se excepciona con la aplicación del art. 808 del CC, que permite que se pueda constituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima corta en beneficio de al menos un hijo o descendiente incapacitado judicialmente. Ya que, conforme a ese precepto y a los arts. 782 y 813.2 del CC, este tipo de gravamen sobre el primer tercio de la herencia no supone transgredir la intangibilidad de la legítima.

Acepta, sin embargo, que el legislador pudo haber incluido expresamente en el art. 831 del CC que el cónyuge viudo estaba facultado para constituir este fideicomiso especial. Aunque, igualmente, piensa que no era necesario porque lo que continúa prohibiendo dicho precepto, tanto antes como después de la reforma del 2003, es que se vulneren las reglas que imponen el respeto a la intangibilidad de las legítimas. Como estas han variado desde que es viable la institución de la sustitución fideicomisaria especial, el acto del cónyuge supérstite de establecerla no puede considerarse contrario a la normativa vigente, aunque esa facultad no se haya incluido literalmente en el art. 831 del CC.

Es su criterio que no se le debe exigir al cónyuge sobreviviente, que actúa facultado por su consorte fallecido, un mayor grado de respeto por la legítima estricta que aquel que se le

---

<sup>987</sup> DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 296 - 298, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 21 - 23, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 902 - 905.

reclama al testador que, por virtud del art. 831 del CC, delegó en este todas las facultades que la ley le confiere. Sin duda, la delegación al cónyuge viudo de las facultades contenidas en el art. 831 del CC cobra mayor sentido si entre los hijos o descendientes del testador se encuentra alguno incapacitado judicialmente. A través de esta, el testador pretenderá que el cónyuge supérstite tome las medidas que resulten más beneficiosas y protectoras para aquel de sus descendientes que más lo necesite. Para la autora no hay justificación válida para impedir que además del testador, el cónyuge delegado pueda instituir un fideicomiso especial a favor de los descendientes incapacitados, máxime cuando, precisamente, mediante la LPPPD el legislador proveyó de una serie de alternativas jurídicas para alcanzar su finalidad de favorecer a los miembros de este grupo parental que sean discapacitados o incapacitados.

En términos similares, se ha afirmado<sup>988</sup> que cuando el testador le delega al cónyuge supérstite las facultades del art. 831 del CC lo está autorizando a realizar todas las cosas que él mismo podía hacer, lo que incluye el establecimiento de la sustitución fideicomisaria especial. Claro está, salvo que el causante, por voluntad expresa, hubiera limitado las potestades del cónyuge fiduciario del art. 831 del CC.

Parecido criterio mantiene otro autor<sup>989</sup> al justificar en tres consideraciones el uso del fideicomiso especial por parte del cónyuge sobreviviente del art. 831 del CC. Primero, en la preponderancia de la protección de los discapacitados que se deriva, principalmente, del espíritu de la LPPPD y, también, del art. 831 del CC, por virtud de la exposición de motivos, y del contenido de los arts. 782, 808 y 813 del CC, mediante los cuales se ha moderado el respeto que se debe a la legítima estricta, permitiéndose que en beneficio de un hijo o descendiente incapaz se pueda establecer como gravamen una sustitución fideicomisaria sobre la misma. Segundo, en que el art. 831 del CC no prohíbe que el cónyuge fiduciario pueda instituirlo. Tercero, porque a través del art. 831 del CC, insiste, se delega al cónyuge viudo todas facultades que tenía el testador. Aunque puntualiza que, contrario al testador que puede, si lo desea, gravar la legítima estricta de alguno o de todos sus hijos o descendientes, sean o no comunes, el cónyuge viudo facultado para distribuir el patrimonio hereditario del

---

<sup>988</sup> GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los Actuales Artículos 831 y 1056.2 del Código Civil: Aplicaciones Prácticas ante el Sistema de Legítimas», *op. cit.*, pág. 134. De la misma manera lo estima LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El Artículo 831 del Código Civil», en *A.D.C.*, núm. 3, vol. 58, 2005, págs. 1131. Véase, además, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 808», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 5860.

<sup>989</sup> CÁMARA LAPUENTE S., «Artículo 831», en *Código Civil Comentado: Libro III De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad (Arts. 609 – 1087)*, (dirs.) A. Cañizares Lazo, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, volumen II, Ed. Aranzadi, S. A., 2ª edición, Navarra, 2016, pág. 918. A pesar de ello, este autor reconoce que «[l]a solución no deja de ser incierta, en atención al carácter excepcional de los nuevos preceptos, a la posible consideración del gravamen fideicomisario como una facultad personalísima y a lo abierto del término “deberá respetar las legítimas” del art. 831.3». (*ibid.*).



difunto solo podrá instituir el fideicomiso especial sobre la porción legitimaria de los descendientes comunes para favorecer exclusivamente al hermano o sobrino incapaz que, a su vez, deberá ser común. El establecimiento de esta sustitución fideicomisaria especial no podrá afectar los derechos legitimarios de los descendientes no comunes.<sup>990</sup> Afirmación que fundamenta en el hecho de que las facultades de mejoras, adjudicaciones y atribuciones que se conceden al cónyuge sobreviviente, mediante el art. 831 del CC, solo se pueden ejercer en beneficio de los hijos o descendientes comunes.

Sin embargo, se entiende que si el testador constituyó una sustitución fideicomisaria especial, en el que tanto el fiduciario incapacitado como los fideicomisarios no incapaces resulten ser los hijos o descendientes comunes o no, podrá autorizar al cónyuge fiduciario del art. 831 del CC a que adjudique al fideicomiso los bienes que considere conveniente. Recalcándose que si el cónyuge supérstite tiene algún interés en la herencia, el defensor judicial deberá aprobar las adjudicaciones que este haya realizado para completar la cuota del hijo o descendiente incapacitado. Y que será normal que el cónyuge viudo, al ser nombrado como tutor, conforme el art. 234.1 del CC, o por ejercitar la patria potestad prorrogada o rehabilitada, de acuerdo al art. 201 y 171 del CC, represente al descendiente incapacitado en el ejercicio de los derechos y deberes que se deriven del fideicomiso especial.<sup>991</sup>

Por su parte, otro estudioso<sup>992</sup> señala que el fiduciario delegado de las facultades concedidas por el art. 831 del CC no solo puede, como una forma indirecta de mejora, gravar con una sustitución fideicomisaria ordinaria a alguno de sus hijos o descendientes comunes para favorecer a otros de ellos, sean o no incapacitados, o establecerla, incluso, entre descendientes comunes no incapaces y en beneficio de al menos uno de estos, sino que, además, puede constituir un fideicomiso especial en los términos del art. 808 del CC. Entiende que la primera alternativa está supeditada a que el testador hubiese autorizado

---

<sup>990</sup> En igual sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El Artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1131.

<sup>991</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El Artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1131. Véase, además, RUEDA ESTEBAN, L., «La Fiducia Sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 202, «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, pág. 609, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 791.

<sup>992</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «La Fiducia Sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 202, «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, págs. 603 – 613, «La Fiducia Sucesoria del Artículo 831 del C.C.», en *B.I.I.C.N.G.*, núm. 279, Marzo 2005, pág. 1014, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 542 y 783 – 796. Véase, además, SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de Fiducia Sucesoria del Artículo 831 del Código Civil», en *A.S.N.*, tomo XV, 2006, pág. 274; BOLAS ALFONSO, J., «El Artículo 831 del Código Civil: Una Norma del Siglo XXI (125 Aniversario del Código Civil)», en *R.J.N.*, núms. 86 – 87, Abril – Junio y Julio – Septiembre 2013, pág. 85.

expresamente al cónyuge delegado, más allá que a mejorar y distribuir su herencia, a constituir una sustitución fideicomisaria. Su efectividad estará sujeta al cumplimiento de las siguientes tres restricciones: (1) respetar totalmente las legítimas, según se exige en los arts. 782 y 813 del CC; (2) imponerse solo hasta el segundo grado o hacerse a favor de personas vivas al momento de la apertura de la sucesión, conforme se dispone en el art. 781 del CC; y (3) establecerse únicamente para el beneficio de los hijos o descendientes comunes, según se permite en el art. 831 del CC.

Mientras, para la viabilidad de la segunda opción, igualmente, considera que el testador debe haber autorizado expresamente al cónyuge viudo delegado del art. 831 del CC para instituir el fideicomiso especial del art. 808 del CC y no solo para distribuir, en términos generales, el patrimonio hereditario del difunto consorte entre los hijos o descendientes comunes e incluso hacerle mejoras a alguno de estos. No piensa que la facultad para autorizar la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta le corresponda al cónyuge superviviente por el mero hecho de que el testador lo hubiera designado como delegado de las potestades contenidas en el art. 831 del CC. Se concibe como insuficiente que no se le hubiera prohibido, expresa o tácitamente, su constitución. Es su parecer que este necesitará de una autorización especial para poder constituir este esquema fideicomisario excepcional como una modalidad de mejora con respecto al primer tercio de la herencia. En otras palabras, esa forma indirecta de mejorar a través de la imposición de un fideicomiso sobre la legítima estricta estará supeditada a la previa autorización del finado testador.<sup>993</sup>

---

<sup>993</sup> A pesar de esta conclusión, RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, págs. 609 y 613, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 791 y 796, reconoce como respetable el criterio de la doctrina mayoritaria, en cuanto a que no se requiere la autorización del testador para que el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC pueda ejercer la facultad de establecer la sustitución fideicomisaria especial del art. 808 del CC. Bastando que el difunto no hubiera excluido esta posibilidad, ya fuera de forma expresa o tácita. Quizás por eso, durante el desarrollo de esta temática en uno de sus escritos, en ocasiones, sus expresiones daban la impresión de que era más partidario de la perspectiva mayoritaria. Por ejemplo, al hacer comentarios como los siguientes: (1) «Nosotros estimamos que podrá hacerlo **si el delegado hubiera sido expresamente autorizado por el testador, no sólo a mejorar, sino también para imponer la sustitución fideicomisaria, y en el caso del fideicomiso del art. 808 bastará que no lo hubiera prohibido el testador**». (2) «Nosotros creemos que esto se permite al fiduciario del art. 831 CC porque ambos preceptos (808 y 831 CC) responden al espíritu de la Ley 41/2003, que se fundamenta en el principio de protección y defensa de los incapacitados, y por lo tanto debemos considerarlos, a este, efecto, en conjunto. Si bien, con el matiz de que **a diferencia de las sustituciones fideicomisarias normales que se exige que el testador se las permita hacer, en estos fideicomisos del 808, basta que no lo haya excluido expresa o tácitamente**». Énfasis suplido. RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 788 y 792. Circunstancia que no estuvo presente en un escrito anterior, en el que tanto en su desarrollo como en sus conclusiones era apreciable su inclinación de que era preciso, más allá de conferirle las facultades del art. 831, que el testador hubiera autorizado al cónyuge viudo a que estableciera la sustitución fideicomisaria especial. A modo comparativo, las citas destacadas fueron escritas de la siguiente forma: (1) «Nosotros estimamos que podrá hacerlo **si el delegado hubiera sido expresamente autorizado por el testador, no sólo a mejorar, sino también para imponer la sustitución fideicomisaria**». (2) «Nosotros creemos que esto se permite al fiduciario del art. 831 CC porque ambos

Al respecto, no obstante, aclara que el cónyuge supérstite fiduciario del art. 831 del CC está impedido de favorecer a un descendiente común incapaz con el establecimiento de una sustitución fideicomisaria sobre la porción legitimaria de los hijos o descendientes no comunes. En la medida en que, por sentido común y no precisamente porque en el CC se haga una distinción entre los hijos o descendientes comunes y no comunes, la combinación de la posibilidad del fideicomiso excepcional de los arts. 782 y 808 del CC con la fiducia sucesoria del art. 831 del CC solo puede ser funcional en el contexto en que tanto el incapacitado como los gravados con la sustitución fideicomisaria especial sean hermanos de doble vínculo. Igualmente, considera que al cónyuge viudo no le interesará, o al menos no será una actuación normal, gravar la legítima de los descendientes comunes para beneficiar al que solo es hijo del causante. Piensa que si el testador desea que alguno de estos supuestos se materialice deberá hacerlo él mismo porque en su caso particular las reformas introducidas por la LPPPD, a los arts. 782, 808 y 813 del CC, permiten que los sujetos participantes de la institución del fideicomiso especial sean sus hijos o descendientes, fueran comunes o no. Al considerar que en la distribución del patrimonio del progenitor común no existe distinción posible entre los hermanos, puesto que, independientemente del efecto que en las relaciones entre ellos, por ejemplo, cuestiones de alimentos o sucesorias, tiene el que algunos sean de doble vínculo y otros de vínculo sencillo, todos lo heredarán en la misma medida, por ser hijos suyos.

Entre las diversas razones en las que este autor fundamenta su criterio, de que no cabe que el cónyuge viudo delegado del art. 831 del CC establezca el fideicomiso especial del art. 808 del CC sin haber sido autorizado expresamente por el testador a tales efectos, destacamos las siguientes. Primero, en el carácter excepcional del art. 831 del CC. Las facultades que se le proveen al cónyuge fiduciario a través de este precepto son: (1) partir, (2) mejorar, (3) atribuir y (4) adjudicar. A este listado no se le puede adicionar ninguna otra potestad más. Segundo, el testador pudo constituir esa modalidad de fideicomiso, de haber tenido la intención de hacerlo. Tercero, a pesar de la reforma del 2003, no se incluyó en el contenido del modificado art. 831 del CC la autoridad para que el cónyuge supérstite pudiera establecer el fideicomiso especial del art. 808 del CC. Con toda probabilidad porque no se debió haber previsto el amplio alcance que tendría la fiducia sucesoria del art. 831 del CC al combinarse

---

preceptos (808 y 831 CC) responden al espíritu de la Ley 41/2003, que se fundamenta en el principio de protección y defensa de los incapacitados, y por lo tanto debemos considerarlos, a este efecto, en conjunto. Si bien, con el matiz de que **no basta que no lo haya excluido expresa o tácitamente, sino que es preciso que se lo permita hacer**». Énfasis suplido. RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, págs. 606 - 607 y 609.

con el art. 808 del CC y su posibilidad de instituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta. Cuarto, si al cónyuge viudo delegado se le concede, sin indicación alguna al respecto, la facultad de constituir sustituciones fideicomisarias y hasta vulgares, se le estaría confiriendo la potestad para realizar instituciones de herederos o legatarios. Autoridad que ha sido excluida de las potestades del art. 831 del CC porque, de lo contrario, nos acercaríamos a la herencia de confianza, modalidad que está prohibida en el Derecho común. Quinto, el cónyuge delegado del art. 831 del CC estará imposibilitado de constituir la sustitución fideicomisaria especial si, ante el permisible reclamo de compensación, le abona su legítima corta a los descendientes del causante. Una vez compensadas las legítimas no podrá exigir que se las devuelvan para imponerles el fideicomiso. Significa, por un lado, que el cónyuge supérstite debe establecer el gravamen sobre la legítima estricta antes de abonarlas o, de lo contrario, no podrá hacerlo. Y, por otro lado, que debido a la naturaleza del primer tercio de la herencia, más que al contenido de los arts. 808 y 831 del CC, es muy difícil que la creación del fideicomiso especial recaiga, sin más, en el cónyuge sobreviviente delegado.

En definitiva, para este autor, conforme el art. 783.1 del CC, la aceptación de la institución de cualquier tipo de sustitución fideicomisaria, general o especial, estará sujeta a que la misma haya sido el resultado de la explícita voluntad del testador o de su autorización expresa. Si es el cónyuge fiduciario el que ejerce la autoridad para constituir la, deberá, además, cumplir con manifestar claramente su deseo de establecer una sustitución fideicomisaria, asegurarse de que la misma no afectará los derechos de los legitimarios, salvo si se trata del fideicomiso especial de los arts. 782, 808 y 813 del CC, a través de los cuales se permite gravar la legítima estricta de los hermanos o sobrinos para favorecer a los hijos o descendientes incapacitados del causante, y de que al hacerla respetará los límites impuestos por el art. 831 del CC, es decir, que tanto los sujetos beneficiados como los gravados serán los hijos o descendientes comunes procreados entre el cónyuge fiduciario y el causante.

De las tres perspectivas doctrinales presentadas, nos parecen más persuasivas las últimas dos. Es decir, aquella que afirma que la facultad de instituir el fideicomiso especial está inmersa en la autoridad que se le delega al cónyuge supérstite mediante el art. 831 del CC, siempre que su ejercicio no hubiera sido expresamente prohibido por el testador. Y la que sostiene que el cónyuge viudo no tiene la prerrogativa de establecer la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, por el mero hecho de que el causante le hubiese delegado la potestad del art. 831 del CC, puesto que será preciso que, además, se le hubiera

autorizado explícitamente a tales efectos. Aunque, de estas dos nociones, específicamente, nos inclinamos más por la segunda.

Es innegable que una interpretación literal de los arts. 808 y 813 del CC revelará que fue al testador a quien el legislador le confirió expresamente la opción de ejercer o no la facultad de establecer la sustitución fideicomisaria especial. Conclusión que se confirma, además, del propio texto de la Parte VII (b) de la Exposición de Motivos de la LPPPD. Y que tiene perfecto sentido, si consideramos que se trata de una excepción a la regla general de que la naturaleza de la legítima es intangible, tanto en términos cualitativos como cuantitativos. A esto se añade que a pesar de que el art. 831 del CC, también, fue objeto de modificación por la LPPPD, entre las facultades otorgadas al cónyuge supérstite no se incluyó, al menos explícitamente, la de constituir el fideicomiso especial. Más bien, y en consonancia con el carácter, igualmente, excepcional del art. 831 del CC, las potestades delegadas al cónyuge sobreviviente tienen que ver con poder realizar mejoras, atribuciones, adjudicaciones y particiones, en las que el presupuesto subjetivo sean los hijos o descendientes comunes con el difunto consorte.

A pesar de ello, entendemos que el testador puede delegar en el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC el ejercicio de la potestad de establecer la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, si así lo autoriza expresamente en su testamento. Varias consideraciones apoyan nuestro criterio.

Primero, del propio contenido de los arts. 782, 808 y 813 del CC se evidencia que el legislador no prohibió tal delegación o, lo que es lo mismo, no dispuso categóricamente que el ascendiente testador sería el único que podría ejercer la alternativa de constituir o no esta modalidad de esquema fideicomisario. Lo que guarda coherencia con el hecho de que en el texto del art. 831 del CC al cónyuge supérstite no se le impidió que instituyera un fideicomiso especial a favor de los descendientes incapacitados. Y con la circunstancia de que el cónyuge delegado del art. 831 del CC cuenta, prácticamente, con las mismas facultades que tenía el testador fallecido. Por tanto, si el legislador le confirió al testador la potestad de establecer la sustitución fideicomisaria especial y es este el que puede decidir si ejerce o no dicha facultad, no es ilógico pensar que pueda delegar explícitamente, a su vez, tal autoridad en el cónyuge sobreviviente del art. 831 del CC.

Segundo, el efecto práctico de esta institución fideicomisaria excepcional es una mejora indirecta a favor de los descendientes legitimarios incapacitados. Siendo así, es coherente que el cónyuge viudo del art. 831 del CC, que, justamente, tiene la autoridad para hacer mejoras, sea autorizado explícitamente por el testador para que opte por establecer un

gravamen fideicomisario sobre el primer tercio de su caudal hereditario. Proceder que, de ninguna forma, subvertiría el régimen legitimario, puesto que el mismo, a partir del 2003, fue exceptuado, precisamente, para que se pudiera constituir esta figura sucesoria especial. No obstante, es necesario aclarar que, por virtud de la interpretación conjunta de las normas sucesorias especiales de los arts. 782, 808, 813 y 831 del CC, el cónyuge sobreviviente del art. 831 del CC estará limitado a constituir la sustitución fideicomisaria excepcional entre los hijos o descendientes legitimarios comunes con el testador, siendo evidentemente beneficiarios los de ellos que sean incapacitados y gravados aquellos que no sean incapaces. Contrario al causante que tiene la potestad de establecerla, en general, sobre el grupo parental de descendientes legitimarios, sean estos de vínculo doble o sencillo.

Tercero, haciendo extensiva la hermenéutica al propósito legislativo que se persigue al permitirse la posibilidad de la sustitución fideicomisaria excepcional, es indudable que la susodicha delegación expresa al cónyuge supérstite del art. 831 del CC contribuirá igualmente a que se cumpla con esa finalidad de que se beneficie patrimonialmente a los hijos o descendientes legitimarios incapacitados, según se dispone claramente en la Parte VII (b) de la Exposición de Motivos y en el art. 782 del CC. Además de que puede deducirse de la intención general de la LPPPD de proteger a las personas discapacitadas y de la Parte VII (d) de la Exposición de Motivos, que se refiere a la fiducia sucesoria del art. 831 del CC como una de las herramientas seleccionadas para favorecer indirectamente a este colectivo. Siendo importante destacar que al cumplir con el aludido objetivo el cónyuge viudo delegado del art. 831 del CC no afecta el derecho legitimario de los descendientes no incapacitados, más allá de lo que se perjudicaría si fuera el testador el que hubiera optado por ejercer la facultad de establecer el fideicomiso especial, es decir, con el aplazamiento temporal en el disfrute del mismo.

Por otro lado, es importante resaltar que las facultades dispositivas del testador se ven ampliadas con la posibilidad legal de gravar el primer tercio de su herencia. Mediante el mecanismo sucesorio de la sustitución fideicomisaria excepcional se incrementa<sup>994</sup> su

---

<sup>994</sup> En este sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 119, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, pág. 777; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 450 - 451; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 183, 184 y 186; MORENO FLÓREZ, R. M<sup>a</sup>, «La Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», *op. cit.*, pág. 1008; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta», en *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, J. M. Abril Campoy, y M. E. Amat Llari, volumen II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 2001 - 2002, 2003 y 2004, «Comentario al Art. 808», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, *op. cit.*, págs. 5859 y 5861; RUIZ - RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 5. Esta última autora, concretamente,

libertad de testar. No obstante, la materialización del efecto práctico de esta concesión legislativa dependerá exclusivamente de la voluntad del testador. Así se desprende del texto del art. 808 del CC que, en lo pertinente, dispone: «[...]el testador **podrá establecer** una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta [...]».<sup>995</sup> El uso conjunto de los verbos «podrá» y «establecer», seguidos del sustantivo «sustitución fideicomisaria», son indicativos, según sus respectivos significados, de que la «facultad o potencia»<sup>996</sup> para «fundar»<sup>997</sup> el fideicomiso especial recaerá totalmente en la voluntad testamentaria del causante.

Será el testador el que podrá tomar la decisión de instituir o no una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta para beneficiar a aquel de sus descendientes que esté incapacitado, siempre que se manifiesten, claro está, los requisitos legales de dicha institución sucesoria. Si determinara constituirla lo hará porque es su deseo favorecer con dicha atribución a su hijo o descendiente incapacitado. A ello nadie le puede obligar. Incluso, no precisa del consentimiento del resto de coherederos forzosos no incapacitados, hermanos o tíos del incapaz, que se verían forzados a tener que soportar, al menos, temporalmente, un gravamen sobre su porción legitimaria. A pesar de que es, precisamente,

---

señala: «Con estos cambios, la nueva Ley viene a ampliar la libertad del testador en detrimento de la intangibilidad cualitativa de la legítima. Amplia la libertad del testador, porque reconoce a este una facultad que antes no tenía. Lo hace en detrimento de la intangibilidad cualitativa de la legítima, porque se permite al testador incorporar una sustitución fideicomisaria al tercio de legítima estricta para favorecer en particular al legitimario en el que concurra la circunstancia que los artículos afectados por la reforma ahora prevén, que no es otra que la de estar incapacitado judicialmente». Por su parte, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., pág. 156, estima, bajo el criterio de que el ejercicio de la facultad de constituir la sustitución fideicomisaria excepcional está sujeto a que el testador le hubiera atribuido el segundo y tercer tercio de su patrimonio hereditario al descendiente incapacitado, que aunque la reforma del art. 808 del CC representa un aumento en la libertad de disposición del difunto, la misma no es significativa. En concreto, esta autora expresa: «Es verdad que se concede una nueva opción al causante que antes no tenía, puesto que podrá seguir disponiendo de sus bienes de la misma forma que hasta entonces y, también, de esta otra que se configura en los a. 782, 808, p. [4] y 813 C.c.; sin embargo, el incremento de la libertad se reduce a tener esta nueva opción, puesto que sólo podrá disponer de la parte de legítima estricta si el resto ha sido atribuido todo ello al incapacitado, con lo que, aunque gane libertad respecto al primer tercio, la pierde en cuanto a los otros dos, que necesariamente han de ir a parar al incapacitado». En contra, DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», op. cit., pág. 271, seguida por COBAS COBIELLA, M. E., «Hacia un Nuevo Enfoque de las Legítimas», op. cit., pág. 56, nota 30, comenta que, en términos genéricos, la libertad del testador no fue ampliada con las reformas que la LPPPD realizó a diversos preceptos sucesorios del CC común. Solo posibilitó que, de diversas formas, se alterara la cuantía de la cuota legal correspondiente a los legitimarios discapacitados o descendientes legitimarios incapacitados. En otras palabras, aunque bajo estos supuestos el testador tiene una mayor libertad para distribuir su patrimonio hereditario entre los colegitimarios, continúa estando obligado a repartir la mayor parte del mismo entre sus descendientes forzosos.

<sup>995</sup> Énfasis suplido.

<sup>996</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, Actualización 2017, [www.del.rae.es/?id=TU1KCfY](http://www.del.rae.es/?id=TU1KCfY), última consulta el 11 de marzo de 2018.

<sup>997</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, *ibid.*, [www.del.rae.es/?id=GilsITP](http://www.del.rae.es/?id=GilsITP), última consulta el 11 de marzo de 2018.

la imposición de esta carga transitoria sobre su derecho legitimario la que contribuye a que aumente el patrimonio del descendiente incapacitado. Es cierto que es el causante el que facilita ese beneficio, pero también lo es que son los hijos o descendientes no incapacitados los que, en términos prácticos, contribuyen a que incrementen los medios económicos del hijo o descendiente incapacitado, es decir, a que se le mejore.<sup>998</sup>

Únicamente, no serán optativos para el causante dos de los aspectos sustantivos de la sustitución fideicomisaria especial. Por un lado, estará imposibilitado de intercambiar las posiciones, ya definidas legislativamente, de quienes serán, respectivamente, los fiduciarios y los fideicomisarios.<sup>999</sup> Por otro lado, no podrá eliminar o modificar la condición esencial de incapacidad judicial para que pueda constituirse y mantenerse el fideicomiso especial, de ordinario, hasta el fallecimiento del fiduciario. Asunto este último que se discutirá en detalle en el siguiente apartado.

## 2. Fiduciario

Son dos las características esenciales que debe reunir ese fiduciario. Por un lado, debe tratarse de un incapacitado. Y, por otro, debe ser un descendiente legitimario del testador, ya sea matrimonial, no matrimonial o adoptivo.

En los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC se establece expresamente que el fiduciario deberá ser el hijo o descendiente judicialmente incapacitado del testador, sin señalarse a qué institución de guarda, patria potestad, tutela o curatela, deberá quedar sometido ni hasta qué punto tiene que estar restringida su capacidad de obrar en la sentencia.<sup>1000</sup> Tal circunstancia ha originado dos cuestionamientos principales. De un lado, por qué el legislador optó por excluir a los ascendientes y al cónyuge viudo incapacitado del causante entre los potenciales beneficiarios de esta sustitución fideicomisaria especial. Actuación legislativa que a pesar de ser clara<sup>1001</sup> no deja de ser sorpresiva, si tomamos en consideración que suele ser frecuente

---

<sup>998</sup> Véase: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 36 y 152. Véase, también, a RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 6.

<sup>999</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 92.

<sup>1000</sup> Estableciéndose, así, una clara distinción entre la sustitución fideicomisaria especial de España y la sustitución fideicomisaria asistencial de Italia. Respecto a la primera, se ha entendido que el fiduciario puede ser tutelado o curatelado. Mientras, en la segunda el fiduciario, exclusivamente, debe tener la condición de tutelado. BOTELLO HERMOSA, P. I., «La Sustitución Fideicomisaria como Medio de Protección de los Tutelados en Italia, y de los Incapacitados en Italia», *op. cit.*, págs. 3, 5 y 7.



que los que resulten incapacitados sean el cónyuge o el padre o la madre del causante, en lugar de sus hijos o descendientes. Más aún cuando la expectativa de vida ha ido en aumento y es, precisamente, en esas edades avanzadas que se desarrollan enfermedades físicas degenerativas, tales como el «Parkinson», y sobre todo síquicas, como por ejemplo el «Alzheimer», que pudieran causar incapacitación. Enfermedad esta última que, contradictoriamente, el legislador reconoce en el Preámbulo de la LPPPD como una de las «nuevas formas de incapacidad»<sup>1002</sup>, dando a entender que una de las finalidades de esta ley es proteger, además, a las personas con cierta edad y a pesar de ello no las incluye entre los sujetos beneficiados por el gravamen sobre la legítima estricta.<sup>1003</sup>

Ante lo señalado, se ha entendido como demasiado rígido que se permita gravar temporalmente la legítima de los hijos en beneficio de un hermano o medio hermano incapacitado y que, sin embargo, no se haya extendido tal posibilidad a favor del cónyuge, especialmente si se trata de su progenitor, e incluso del ascendiente, en esa misma condición. A pesar de que un fideicomiso, por ejemplo, a favor del cónyuge supérstite, además de que ordinariamente puede ser querido por el propio causante, si consideramos que es normal que los consortes deseen dejarse protegidos entre sí para el caso en que alguno fallezca, resultaría menos gravoso no solo por razón de su edad sino también porque su legítima es más corta.<sup>1004</sup>

---

<sup>1001</sup> En ese sentido, FUENTESECA DEGENEFFE, C., «Aspectos Sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coords.) J. M. González Porras y F. P. Méndez González, tomo I, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª edición, Murcia, 2004, pág. 1748; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 49 y 52; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 2005, «Comentario al Art. 808», *op. cit.*, pág. 5861; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 100, 101 y 102, «La Sustitución Fideicomisaria como Medio de Protección de los Tutelados en Italia, y de los Incapacitados en Italia», *op. cit.*, pág. 8; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 188; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 421, «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 92; COBAS COBIELLA, M. E., «Hacia un Nuevo Enfoque de las Legítimas», *op. cit.*, pág. 56, nota 32; COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, pág. 364.

<sup>1002</sup> *Supra.*, Parte I de la Exposición de Motivos, pág. 40852.

<sup>1003</sup> Véase: RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 2005, «Comentario al Art. 808», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, *op. cit.*, pág. 5862; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 100, 101 y 102; COBAS COBIELLA, M. E., «Hacia un Nuevo Enfoque de las Legítimas», *op. cit.*, pág. 56, nota 32.

<sup>1004</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1051, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*,

Se concibe como una «laguna imperdonable»<sup>1005</sup> que no se incluyera al cónyuge o pareja conviviente de hecho y al ascendiente del causante entre los fiduciarios del fideicomiso especial.<sup>1006</sup> Hubiese bastado que se impusiera el requisito del estado civil de incapacitación como *conditio iuris* del beneficiario del esquema fideicomisario, sin la necesidad de aludir a un presupuesto subjetivo específico. Así, todas las personas incapacitadas judicialmente podrían haberse favorecido con la aplicación de la institución

---

págs. 888 - 889, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 283, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 13; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 7 y nota 7; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 52; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 101 - 102; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pág. 450. Sobre el particular, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, págs. 2005 - 2006, «Comentario al Art. 808», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, *op. cit.*, págs. 5861 - 5862 comenta que «[s]e ha querido impedir que la incapacitación judicial de personas maduras o mayores obstaculice el reparto de la herencia, lo que no deja de ser paradójico, pues se trata de los supuestos en los que es previsible una menor duración del encargo fiduciario». A pesar de ello, es su parecer que «estas consideraciones no impiden que el testador nombre fiduciario sobre la legítima estricta a su cónyuge, a un ascendiente o a un descendiente no incapacitado: si lo hace se trataría de un gravamen que no está permitido por la ley y la designación podría ser impugnada por los legitimarios descendientes, que reclamarían que se les entregase la legítima estricta libre de gravámenes (art. 813.II del C.c.) o ejercitarían la opción por la legítima libre de cargas si el testador trato de compensar el gravamen con una atribución patrimonial sobre la parte disponible de la herencia. Pero también es posible que los legitimarios descendientes consientan el gravamen, incluso en el caso en que no reciban una compensación con cargo a la parte disponible de la herencia, con lo cual valdrá la designación hecha a favor de un familiar distinto del descendiente incapacitado». Con una conclusión parecida y más general, aunque con razonamientos diferentes, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Algunas Cuestiones Sobresalientes en la Reforma del Código Civil sobre la Protección de las Personas Discapacitadas o Incapacitadas», en *Personalidad y Capacidad Jurídicas: 74 Contribuciones con Motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, tomo II, (coords.) R. Casado Raigón y I. Gallego Domínguez, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pág. 704, opina que a pesar de que hubiera sido mejor que claramente se establecieran como beneficiarios al cónyuge o pareja conviviente de hecho y a los ascendientes que se encontraran en situación de incapacidad judicial o discapacidad, según el precepto sucesorio reformado aplicable, «[...] no habrá inconveniente en tenerlos en consideración ya que no están, expresamente, excluidos». En contra, RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, pág. 589, señala que es difícil aceptar como beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial al cónyuge o a los ascendientes porque no se dispone en el texto de la LPPPD y siendo una norma excepcional, la misma debe interpretarse restrictivamente.

<sup>1005</sup> GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Algunas Cuestiones Sobresalientes en la Reforma del Código Civil sobre la Protección de las Personas Discapacitadas o Incapacitadas», *op. cit.*, pág. 704. Véase, igualmente, BOTELLO HERMOSA, P. I., Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, *op. cit.*, pág. 344, *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 102 - 104 y nota 162, «La Sustitución Fideicomisaria como Medio de Protección de los Tutelados en Italia, y de los Incapacitados en Italia», *op. cit.*, págs. 3 y 8, señalando, también, que en Italia la sustitución fideicomisaria, que se introdujo desde 1975 y que se ubica en el art. 692 del Código Civil italiano, que se aprobó por el Decreto Real N° 262 de 16 de marzo de 1942 y que se ha modificado hasta el Decreto N° 291 de 7 de diciembre de 2016, si puede establecerse en beneficio de los cónyuges, además del de los hijos o descendientes, que tengan la condición de totalmente incapacitados con una enfermedad mental.

<sup>1006</sup> Aclarar que, hoy día, en el CC los convivientes no son legitimarios y los ascendientes solo lo son si no hay descendientes.

especial. Al no hacerlo, el legislador perdió la oportunidad de que la LPPPD se convirtiera en un estatuto determinante para la protección de los individuos incapacitados y discapacitados. A consecuencia de ello, se ha concluido:

«[...] por paradójico que resulte, lo que el legislador pretende conseguir excluyendo a los padres, ascendientes y cónyuges como posibles fiduciarios es que no se produzca un gran número de sustituciones fideicomisarias especiales en nuestro Ordenamiento jurídico, lo cual, dicho de otra forma, supone que, por un lado, el legislador español de 2003 introdujo en nuestro Ordenamiento una figura de enormes consecuencias jurídicas, pero, al mismo tiempo, decidió restringir al máximo su ámbito de aplicación para que dicha institución fuese lo menos usada posible».<sup>1007</sup>

De otra parte, cómo se justifica que en el título de la LPPPD se haga referencia a las personas discapacitadas y que en la mayoría de sus medidas protectoras, incluyendo las relacionadas con el régimen sucesorio, se tenga como objeto a este colectivo y, sin embargo, para que sea viable la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta se exija, en su art. 10.2 - .4<sup>1008</sup>, que los beneficiarios sean hijos o descendientes incapacitados judicialmente<sup>1009</sup> y no solo discapacitados. Requerimiento que se enfatiza en la misma

---

<sup>1007</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., pág. 103, Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, op. cit., pág. 345. Comentar que todo este problema se resolvería reduciendo las legítimas de los descendientes, como ya sucede en varios derechos forales españoles, como Cataluña o Galicia. Aumentando la libertad de las personas para disponer *mortis causa* de sus bienes, se resolvería el aludido problema de los cónyuges o los ascendientes. En esta línea va también la propuesta de CC de la A.P.D.C., que en el art. 467-3 fija la legítima de los descendientes en la mitad y no en los actuales dos tercios del caudal. Más tarde o más temprano, por diversas razones que no vienen al caso discutir ahora, las legítimas de los hijos deben ser objeto de reducción. GALICIA AIZPURUA, G., «Título VI. De las Sucesiones, Capítulo VII. De las Legítimas y Otros Límites a la Libertad de Disposición por Causa de Muerte, Sección 1ª», op. cit., pág. 597; VV.AA., *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, op. cit., págs. 91 - 92.

<sup>1008</sup> *Supra.*, Artículo 10, pág. 40859.

<sup>1009</sup> Se ha comentado, con justa razón, que el uso de la expresión «judicialmente» antecediendo a la palabra incapacitado es enteramente redundante porque en el sistema jurídico español el único medio para incapacitar a un individuo es la vía judicial. No obstante, tratando de justificar esa reiteración innecesaria, se ha manifestado que la misma pudo haberse utilizado «por la facilidad de confusión fonética entre dos términos como discapacitado e incapacitado, que se corrige añadiendo a la palabra incapacitado el “judicialmente”». DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», op. cit., pág. 883 y nota 81, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», op. cit., pág. 278 y nota 35, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», op. cit., pág. 10 y nota 34, «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», op. cit., pág. 1050. Siguiendo el planteamiento original de esta autora, se encuentran: RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, op. cit., pág. 1475; MORENO FLÓREZ, R. M<sup>a</sup>, «La Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», op. cit., pág. 1007, nota 4; HERRERO OVIEDO, M., «Pertinencia de la Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», en *La Protección Jurídica del Discapacitado: II Congreso Regional*, (coord.) I. Serrano García, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 287, nota 2. En su caso, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., pág. 54, justifica en dos consideraciones esenciales el uso de la palabra «judicialmente» en todos los preceptos que se relacionan con la sustitución fideicomisaria excepcional. Por un lado, plantea que la modificación que el art. 11 de la

Exposición de Motivos de la Ley cuando declara, tratándose de esta sustitución fideicomisaria particular, que «[...] a diferencia de otros regulados en la ley, como se aclara a través de una nueva disposición adicional del Código Civil, se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiado y no la minusvalía<sup>1010</sup> de éste en el grado establecido en el artículo 2.2 de la ley».<sup>1011</sup>

Considerándose así, criterio con el que coincidimos enteramente, que la cualidad de incapacitado del fiduciario es una condición esencial a la cual está sometida tanto la constitución como la continuidad de la sustitución fideicomisaria excepcional. Es decir, si no

---

LPPPD realiza al art. 1732 del CC, que trata sobre la materia de mandato, y su ubicación justo después de la efectuada a los arts. 782, 808 y 813 del CC, que dio origen a la sustitución fideicomisaria especial, puede servir de justificación a que el adverbio «judicialmente» esté acompañado de la palabra «incapacitado». En la medida que «así se evitan confusiones que podrían llevar a plantearse si cabría que el fideicomitente estableciera la sustitución fideicomisaria para [el] caso de incapacidad apreciada según criterios determinados por el propio incapaz con ocasión de un mandato preventivo o incluso por el propio causante, a la vez que, indirectamente, se recuerda que la incapacitación sólo puede ser judicial». Por otro lado, la interpretación que se le ha dado al art. 239 del CC, que fuera modificado por el art. 9 de la LPPPD y ubicado inmediatamente antes de las reformas realizadas a diversas instituciones jurídicas del régimen sucesorio. Concretamente, esta autora destaca que SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, págs. 124 y 125, ha interpretado este precepto «en el sentido de introducir una nueva causa de incapacitación no judicial, que sería, no la incapacidad, sino la situación de desamparo en la que se encuentren las personas mayores, que daría lugar a la tutela administrativa de “la entidad pública, a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces”». Circunstancia que, también, confiere sentido a la inclusión expresa del carácter judicial de la incapacitación, en los arts. 782, 808 y 813 del CC.

<sup>1010</sup> En España, este término peyorativo se superó, definitivamente, a través de la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 15 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, donde se establece: «Las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” para denominarlas». BOE núm. 299 de 15 de diciembre de 2006, pág. 27. En consonancia y reafirmación de lo dispuesto en dicho estatuto, al aprobarse la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se incluyeron en el apartado XXVII de su Preámbulo las siguientes expresiones: «El texto original del Código Penal se refiere impropiaemente a “minusvalía” [...], una terminología ya superada en nuestro ordenamiento jurídico [...]. [...] [C]on la reforma se decide incorporar un apartado para que todas las referencias hechas en el Código Penal al término “minusvalía” se sustituyan por el término “discapacidad” [...]». Clarificación terminológica que se incluyó en el Artículo Único, apartado 258.2 del mencionado estatuto. BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2015, págs. 27080 - 27081 y 27167. Aunque, a nivel internacional, entre otras cosas, desde el 21 de mayo de 2001, la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su 54ª Asamblea Mundial de la Salud, decidió prescindir de los términos “deficiencia” y “minusvalía” y acoger el genérico de «discapacidad». Concretamente, la OMS hizo suya la resolución en la que se proponía revisar el contenido y título de su «Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidad y Minusvalía» (CIDDM), instrumento de clasificación de las consecuencias de las enfermedades que fuera aprobado en 1980. Así el documento pasó a denominarse «Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud» (CIF), siendo aceptado por 191 países como el modelo de referencia internacional de descripción y medición de la salud y la discapacidad. Su objetivo es proporcionar un lenguaje unificado y estándar, además de un marco conceptual y descriptivo sobre la salud y los estados relacionados con ella. Véase: [www.who.int/classifications/icf/wha-sp.pdf?ua=1](http://www.who.int/classifications/icf/wha-sp.pdf?ua=1), [www.icfillustration.com/top\\_e.html](http://www.icfillustration.com/top_e.html), [https://aspace.org/assets/uploads/publicaciones/e74e4-cif\\_2001.pdf](https://aspace.org/assets/uploads/publicaciones/e74e4-cif_2001.pdf), [apps.who.int/gb/archive/pdf\\_files/WHA54/sa5418.pdf](http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA54/sa5418.pdf), última consulta de todas las páginas, el 14 de febrero de 2018; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 14, nota 4.

<sup>1011</sup> *Supra.*, Parte VII de la Exposición de Motivos, pág. 40855.

se cumple ni persiste esta condición, ni se podrá crear esta institución, ni mucho menos conservarse hasta el fallecimiento del fiduciario. Se trata de una condición impuesta por la Ley y no por el testador, que está implícita en la figura fideicomisaria especial, en otras palabras, una *conditio iuris* resolutoria. Significa que si el fiduciario recupera su capacidad, es decir, cesa la incapacitación, luego de haberse constituido esta modalidad de sustitución cumpliendo con la condición de incapacidad, tal circunstancia tendrá efectos resolutorios sobre el fideicomiso. Con el resultado de que los bienes fideicomitados, al extinguirse el fideicomiso y, por tanto, cesar el gravamen sobre ellos, recobran su naturaleza esencial que es ser parte de la legítima estricta del patrimonio hereditario del testador.<sup>1012</sup> Precisamente, este asunto sobre las causas de extinción de la sustitución fideicomisaria especial se tratará con más detalle en el apartado sexto de este capítulo.

En este momento, la pregunta obligada sería: ¿qué motivo al legislador para favorecer exclusivamente a los descendientes incapacitados judicialmente con esta sustitución fideicomisaria especial? Al respecto, existen diferentes posiciones o posturas doctrinales. Hay quienes opinan que su propósito, desde un punto de vista de política legislativa, es fomentar la incapacitación judicial. Es decir, incentivar a que las familias que tengan descendientes que padezcan de algún tipo de discapacidad con suficiente entidad como para constituir un supuesto concreto y real de incapacitación, acudan al tribunal para obtener una sentencia judicial que servirá de garantía de que la persona no puede gobernarse por sí mismo.<sup>1013</sup>

---

<sup>1012</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1049, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 879 y 880, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 274 - 275. «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 7 - 8; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 15. Véase, además, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1475 - 1476; COBAS COBIELLA, M. E., «Hacia un Nuevo Enfoque de las Legítimas», *op. cit.*, pág. 56; RIPOLL SOLER, A., «La Sustitución Fideicomisaria del Nuevo Artículo 808 C.C. Fideicomiso de Residuo», en *B.C.R.E.*, núm. 114, Abril - 2005, pág. 826; RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, págs. 587 y 588; COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, pág. 363; SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I*, *op. cit.*, pág. 1030.

<sup>1013</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, pág. 781, «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 137; RIPOLL SOLER, A., «La Sustitución Fideicomisaria del Nuevo Artículo 808 C.C. Fideicomiso de Residuo», *op. cit.*, pág. 826. Véase, también, a RUIZ - RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 6, nota 7, aunque añade que también pudo ser que al tratarse de una medida excepcional, el legislador quería asegurarse de que el favorecido con el gravamen sobre la legítima corta fuera realmente una persona que no pudiera autogobernarse.

Otra autora<sup>1014</sup>, sin embargo, sugiere que el requerimiento de la declaración judicial de incapacidad, en vez del solo cumplimiento con la condición de discapacitado, es para fiscalizar que los bienes sobre los que recae la sustitución fideicomisaria especial se utilicen adecuadamente para satisfacer las necesidades ordinarias de la vida del fiduciario incapacitado. Encargo que podrá ser asumido por un tutor o curador, según se determine, conforme el art. 760.1 de la LEC de 2000, en el procedimiento de incapacitación, donde, además, se define la extensión y los límites de la declarada incapacidad.<sup>1015</sup> Contrario a la situación del discapacitado que no cuenta con ningún órgano, equivalente al régimen de tutela o curatela, para que cuide por sus intereses. Se pretende, en definitiva, según el criterio de este autor, que las razones en las que se justificó la excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima persistan desde el instante en que se constituyó el gravamen sobre el primer tercio de la herencia hasta el momento establecido para que concluya el esquema fideicomisario excepcional.

También, se ha argumentado<sup>1016</sup> que el requerimiento de una protección especial para aquellas personas que carecen de capacidad de autogobierno es perfectamente congruente con la posibilidad de que el testador establezca un gravamen sobre la legítima corta, puesto que el mismo constituye una medida excepcional dentro del vigente sistema de legítimas. Aunque, igualmente, se coincide en que la exigencia taxativa de incapacitación judicial, para que se haga aplicable el gravamen sobre el tercio de legítima estricta, pudo estar relacionada,

---

<sup>1014</sup> HERRERO OVIEDO, M., «Pertinencia de la Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», *op. cit.*, págs. 289 – 290. En contra, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 60 – 63, al entender que «si la razón está en la existencia, en la institución de la incapacitación, de órganos (tutores o curadores) que van a *velar por los intereses del fiduciario*, hay que tener en cuenta que podría haberse sustituido la exigencia de la incapacitación, por la de la constitución de un, o la aportación al, patrimonio protegido de un discapacitado, con lo que el sujeto favorecido sería el que lo es en términos generales por la Ley 41/2003 (el discapacitado) y además se contaría con medidas de protección y supervisión de la administración y destino de los bienes», según dispuestas en sus arts. 3.3(b) y 7.1 - 3. Concluyendo que «[l]a necesidad de que vele por los intereses del fiduciario una persona u órgano distinta a él, sólo existe de forma imprescindible si éste es incapacitado (o, en su caso, padezca de incapacidad natural no declarada judicialmente); es, por tanto, una consecuencia de que el fiduciario sea un incapacitado, no la causa de que el fiduciario tenga que serlo (incapacitado), y no lo pueda ser un discapacitado no incapacitado».

<sup>1015</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *supra.*, pág. 264.

<sup>1016</sup> DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 11 y nota 47, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 886 y nota 99, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 281 y nota 48, puntualizando, sin embargo, que el procedimiento de incapacitación, además de que podría mejorar con algunas modificaciones, por ejemplo, humanizándolo para que se reduzca la resistencia social y familiar a utilizarlo o agilizando su tramitación dependiendo de la enfermedad que se padezca o sustituyendo su denominación por «discapacitación legal», es una institución que debe ser revisada. Véase, además, TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 89 – 90.

además, con el interés legislativo de estimular que la sociedad, en general, y la familia, en particular, recurra a dicho procedimiento y con el hecho de que, hoy día, solo a través de este sistema se puede garantizar que la limitación de la capacidad de obrar y su alcance esté justificado, a la vez de que mediante el control objetivo del Ministerio Fiscal y el Juez se evita que se susciten situaciones abusivas o de desamparo.<sup>1017</sup>

Incluso, se ha sugerido<sup>1018</sup> que la razón para que el legislador limitara la aplicación de la sustitución fideicomisaria especial al beneficio de los descendientes incapacitados judicialmente era «reducir las posibilidades de gravar la legítima estricta y, por tanto, los supuestos en los que se contraría [su] [...] principio [...] de intangibilidad [cualitativa]». En la medida en que los procedimientos judiciales de incapacitación son menos frecuentes que los administrativos de discapacidad. Es decir, hay menos incapacitados que discapacitados. A lo que se añade el hecho de que se considera que una persona respecto a la que judicialmente se ha declarado que no puede autogobernarse, debe estar en una situación de mayor gravedad y necesidad en relación con aquella que solo ha sido certificada como discapacitada. Por su parte, otro autor<sup>1019</sup>, aunque se adhiere al criterio comentado, al entender que fue acertada la decisión legislativa de no incluir a las personas discapacitadas como beneficiarias del gravamen sobre la legítima corta porque el número de este colectivo, con algún tipo de padecimiento físico o síquico, es muy elevado, lo que podría aumentar las posibilidades de excepcionar el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima y, por ende, derivar en consecuencias jurídicas para los demás coherederos forzosos, que tendrán gravadas temporalmente aquella porción de los bienes hereditarios representativa de su parte del primer tercio de la herencia, manifiesta que es ilógico que en una ley que tiene como objetivo la protección patrimonial de los discapacitados se incluya una figura jurídica, como la sustitución fideicomisaria especial, en su perjuicio. Razón por la que propone que en este

---

<sup>1017</sup> Destacar, no obstante, que en el futuro aparenta haber un cambio de enfoque sobre este asunto. Ello si se aprobara el Anteproyecto de Ley para reformar la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. La orientación que se está favoreciendo es no incapacitar a todas las personas con trastorno severo, si se comprueba que su situación es buena y están protegidos, por ejemplo, por su círculo familiar. Se entiende que la existencia de los denominados poderes de protección o preventivos, que los interesados pueden tomar en previsión de una prospectiva necesidad de apoyo, facilitan el que no se tenga que recurrir a la incapacitación de una persona. Incluso, se ha propuesto que desaparezca la tutela para las personas mayores de edad y solo se admita una curatela ordinaria y otra representativa, en caso de que no exista otra medida de apoyo suficiente. Véase: Ministerio de Justicia, Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en Materia de Discapacidad, 21 de septiembre de 2018, págs. 1 – 5 y 25 - 40; Ministerio de Justicia, Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en Materia de Discapacidad, 21 de septiembre de 2018, págs. 18 – 28, 42 – 43.

<sup>1018</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., págs. 63 – 64.

<sup>1019</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., págs. 53 y 105.

fideicomiso especial se excluya de la condición de fideicomisarios a las personas con discapacidad.<sup>1020</sup>

Antes de ofrecer nuestro parecer sobre este asunto, creemos que sería preciso distinguir terminológicamente, al menos de manera general, ambos conceptos. Entendiendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que no es homogéneo<sup>1021</sup>, sino que varía de acuerdo al ámbito de protección que se desee ofrecer al individuo que la padezca, nos centraremos en la definición que se le adscribe en la LPPPD y que se hizo formar parte de la Disposición Adicional cuarta del CC, por virtud del art. 13<sup>1022</sup> del aludido estatuto. Según su art. 2.2 (a y b), una persona discapacitada es aquella que padece una «minusvalía física o sensorial», de 65% o más, o una síquica, igual o mayor que el 33%. Porcentaje de discapacidad que, de acuerdo al art. 2.3 de la LPPPD, se deberá acreditar a través de un «certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme». Más concretamente, será el órgano correspondiente de cada Comunidad Autónoma, al que se le transfirieron las competencias para calificar el grado de la limitación de la persona para realizar las actividades de la vida diaria, o las Direcciones Provinciales del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, en Ceuta o Melilla, las que deberán expedir la certificación de discapacidad. Declaración administrativa que, de ser negativa, podrá recurrirse ante la vía jurisdiccional social, teniendo esta, a su vez, la responsabilidad de emitir una resolución judicial firme al respecto. Siendo este uno de los potenciales supuestos en los que la discapacidad se puede acreditar judicialmente.<sup>1023</sup>

---

<sup>1020</sup> Sugiriendo para tal propósito la siguiente forma diferente de finalizar la redacción del art. 808.4 del CC: «Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos, **condición esta última que jamás podrán ostentar las personas con discapacidad reguladas en esta ley**». BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., pág. 105.

<sup>1021</sup> A modo ejemplificativo, en el art. 1 de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, *supra.*, que pasó a ser el art. 4.2 cuando dicho estatuto se refundió en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, *supra.*, sin hacer diferencia porcentual según se trate de una discapacidad síquica o física, se establece que las personas discapacitadas son «aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

<sup>1022</sup> «La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad». *Supra.*, Art. 13, pág. 40860.

<sup>1023</sup> Arts. 6, 7 y 12 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, BOE núm. 22 de 26 de enero de 2000, corrección de errores en el BOE núm. 62 de 13 de marzo de 2000, modificado, entre otros, por el Real Decreto 1856/2009, de 4 de



Dicha certificación administrativa, por sí sola, no priva al individuo de capacidad, puesto que no tiene que ver con el autogobierno, sino que solo se encarga de acreditar administrativamente la discapacidad. No se trata de un estado civil, sino de una nueva categoría, la de «persona con discapacidad», que una vez es comprobada y reconocida administrativamente, se convierte en una situación jurídica efectiva desde la fecha en que se presentó la solicitud de reconocimiento del grado de discapacidad.<sup>1024</sup>

En cuanto a la incapacitación, su regulación procesal, en relación con sus disposiciones generales, se encuentra en los arts. 748 al 755 de la LEC de 2000 y, en términos específicos, en los arts. 756 – 763 del mismo estatuto.<sup>1025</sup> Mientras, su aspecto sustantivo está normado en los arts. 199 al 201 del CC, debido a que sus restantes arts. 202 al 214 fueron derogados por la LEC de 2000. Esta se origina, según el art. 200 del CC, ante el padecimiento de «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Al ser un instituto más propio de la mayoría de edad, en el art. 201 del CC se aclara que un menor, también, puede ser incapacitado si padece de alguna de las causas de incapacitación y se anticipa razonablemente que la misma perdurará hasta después de que alcance la mayoría de edad.<sup>1026</sup> Ante cualquiera de los dos escenarios,

---

diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, a los efectos de sustituir, por ejemplo, toda referencia a la palabra «minusvalía», inclusive en su título, por «discapacidad», el de «persona con minusvalía» o «minusválidos» por «personas con discapacidad», el de «grado de minusvalía» por «grado de discapacidad», todo en consonancia con la Disposición Adicional octava de la Ley 39/2006 del 14 de diciembre, *supra.*, y la nueva CIF-2001 de la OMS. Véase, además, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 57 y nota 158; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pág. 92 y nota 55; DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., «Capítulo III: El Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad. La Ley 41/2003 de 18 de noviembre», *op. cit.*, págs. 104 – 106.

<sup>1024</sup> SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 48 y 55 - 57.

<sup>1025</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *supra.*, págs. 261 – 265. Importante destacar que el art. 757.1 de la LEC de 2000 fue modificado por el art. 14 de la LPPPD para incluir al presunto incapaz entre las personas legitimadas para instar una declaración de incapacidad. No obstante, se ha entendido que si es un menor el presunto incapaz, deberá prevalecer el contenido del art. 757.4 de la LEC de 2000, que establece que solo aquellos que ostente su patria potestad o tutela serán los que podrán promover su incapacitación. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 6, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 150 - 151; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1475; COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, pág. 364.

<sup>1026</sup> Sobre este asunto, con acierto, DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 12 y nota 47, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 887 y nota 99, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 282 y nota 48, señala que a pesar de que legalmente es viable incapacitar a un menor, ello no es usual tanto por la renuencia familiar a hacer uso de dicho sistema como por el hecho de que este ya se encuentra

mayoridad o minoridad, se requerirá de una declaración judicial sobre la imposibilidad de autogobernarse, dictada mediante sentencia de incapacitación, en la que, según el art. 760.1 de la LEC de 2000<sup>1027</sup>, se establecerán las limitaciones a la capacidad de la persona y el régimen de guarda al que quedará sometida, ya sea tutela, patria potestad prorrogada o rehabilitada o curatela. A partir de que esta determinación judicial sea firme, la persona estará sujeta a un nuevo estado civil, el de incapacitado, y sometida a uno de los institutos de guarda y protección.<sup>1028</sup>

Este marco conceptual general, sustantivo y procesal, de ambos términos, discapacidad e incapacidad, nos lleva a pensar que más que el interés legislativo de promover que la familia utilice el procedimiento de incapacitación, que sin duda será uno de sus efectos, o de asegurar, mediante alguna de las instituciones de guarda, que en todo momento los bienes fideicomitidos se usen para las necesidades vitales de los incapaces, resultado que como muy bien se ha sugerido es una consecuencia de la incapacidad y no el motivo para que se requiera que el fiduciario descendiente sea incapacitado, el legislador pretendía que la aplicación de esta nueva excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima estuviera fundamentada en un procedimiento judicial de incapacitación que, por su naturaleza, controles y sujetos participantes, como el Juez y el Ministerio Fiscal, ofrece mayores garantías en cuanto a sus determinaciones que uno administrativo, tal como la certificación de discapacidad. Se entendió que ante un gravamen a la legítima estricta, que excepciona la todavía regla general, contenida en el art. 813.2 del CC, de que la legítima no puede ser gravada, era indispensable la intervención judicial, pues no era suficiente el control meramente administrativo atado a la discapacidad. Y, por lo mismo, en términos de contenido se prefirió que el beneficiario de la sustitución fideicomisaria especial fuera una persona que careciera de capacidad de obrar y no aquella que, siendo plenamente capaz, padeciera alguna discapacidad física o sensorial de 65%, tal como movilidad reducida, causada por una cojera, manquedad o padecimientos visuales o auditivos, o mental de 33%,

---

bajo una institución de guarda al estar sometido a la patria potestad. Recomienda, por tanto, al testador que desee gravar la legítima estricta a favor de un descendiente menor y susceptible de incapacitación, que opte por cualquiera de las siguientes alternativas: (1) promover ya su incapacitación; (2) constituir el fideicomiso especial, sujeto a la condición de que el hijo haya sido incapacitado antes de su fallecimiento; o (3) atribuirle a su cónyuge viudo las facultades de mejora del art. 831 del CC para que, en el caso de que aún el descendiente menor no hubiera sido incapacitado, pudiera establecer en su beneficio, una vez se cumpliera con el procedimiento de incapacitación, una sustitución fideicomisaria sobre el primer tercio de su patrimonio hereditario.

<sup>1027</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *supra.*, pág. 264.

<sup>1028</sup> Véase: SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 48, 55 y 57.

que pudiera conllevar, por ejemplo, simplemente la asistencia de un curador para medicarse<sup>1029</sup>, por considerar que debido a su condición de mayor gravedad y necesidad, va a requerir de toda la ayuda, humana, económica y patrimonial, posible.

Por otra parte, debemos buscar respuesta a otra serie de interrogantes que se generan de la propia normativa de esta institución fideicomisaria especial. Tendrá, por ejemplo, el testador la obligación de instituir como fiduciarios a todos sus descendientes incapacitados o podrá a su entera discreción designar como tal solo a uno o a algunos de ellos. De ser viable esta segunda alternativa, ¿significa que aquellos descendientes incapacitados que no fueron nombrados como fiduciarios pasaran a ser fideicomisarios junto con aquellos que no lo estén y, por tanto, también, sufrirán el gravamen sobre la parte de la legítima estricta a la que tienen derecho? O, ¿serán los descendientes no incapacitados los únicos que podrán ser designados como fideicomisarios? A lo que se añade la incertidumbre de si es posible el establecimiento de sustituciones fideicomisarias sucesivas en beneficio de cada uno de los descendientes incapacitados seleccionados como fiduciarios por el fideicomitente o si solo es permisible un fideicomiso simultáneo para ellos, con los consabidos efectos que se pudieran generar en cuanto a los incapaces que, en el primer supuesto, están en espera de que transcurra el plazo para, a su vez, convertirse en fiduciario, y aquellos que, a causa del segundo, fueron descartados por el testador como fiduciarios.

En términos generales, la doctrina coincide en que el testador puede nombrar como fiduciario a uno de sus descendientes incapacitados, a algunos o, incluso, a todos, si esa fuera su preferencia. Perspectiva que se fundamenta en que si el ejercicio de la facultad de constituir la sustitución fideicomisaria especial es totalmente opcional para el fideicomitente, también la elección de quién o quiénes serán los fiduciarios debe depender exclusivamente de él. Argumento que entienden no se contradice con la referencia en plural que el art. 808.4 del CC realiza respecto a los hijos o descendientes incapacitados que serán los que se deberán nombrar como fiduciarios. Al considerar que el legislador habitualmente utiliza el plural para referirse a los sucesores del difunto, que ordinariamente son varios, como, por ejemplo, en el caso de los herederos forzosos, hijos o descendientes, padres y ascendientes.<sup>1030</sup>

---

<sup>1029</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., pág. 53. Véase, además, SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», op. cit., pág. 112.

<sup>1030</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., págs. 67 – 68. Véase, también, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., págs. 113 y 118; PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho Sucesorio como Instrumento de Protección del Discapacitado», op. cit., pág. 2, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima ¿Piedra Angular del Sistema de Protección de los Incapacitados?», op. cit., págs. 693 y 694, *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho*

Igualmente, no hay duda en que el fideicomitente puede designar a esos hijos o descendientes incapacitados elegidos, o incluso a la totalidad de ellos, como cofiduciarios, es decir, fiduciarios simultáneos<sup>1031</sup>, ya sea en partes iguales o desiguales<sup>1032</sup>, dependiendo de la

---

*Civil*, op. cit., págs. 123 – 124; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta», op. cit., pág. 2004, «Comentario al Art. 808», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, op. cit., pág. 5861; MORENO FLÓREZ, R. M<sup>a</sup>, «La Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», op. cit., págs. 1012 – 1013, enfatiza que el contenido de la norma no se vulneraría por el mero hecho de que el testador nombrara como beneficiario de la sustitución fideicomisaria especial a uno solo de sus hijos o descendientes incapacitados porque «[e]l requisito es que el fiduciario esté incapacitado, no que todos los incapacitados deban ser beneficiados». Al respecto, RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», op. cit., pág. 585, recalca que el testador no está legalmente obligado a nombrar como fiduciarios a todos sus incapacitados, aunque, por tratarse de sus descendientes, quizás lo estaría moralmente. Consideración esta que acepta no tiene nada que ver con que todos tengan la misma necesidad. Ya que pudiera ser que unos respecto a otros no solo estén mejor económicamente, sino, además, mejor amparados debido a la protección que le brindan sus hijos o su cónyuge. Circunstancias éticas y morales que varían por cada testador, pero que sin duda afectarán su determinación de quién o quiénes serán los que se beneficiarán del gravamen sobre la legítima corta. En contra, PUIG FERRIOL, L., «Protección del Discapacitado: Aspectos Sucesorios», en *Protección Jurídica y Patrimonial de los Discapacitados, Xornadas e Seminarios*, Ed. Escola Galega de Administración Pública (EGAP), Santiago de Compostela, 2005, pág. 281, pues considera que si hay varios descendientes incapacitados todos deberán ser fiduciarios, mientras serán fideicomisarios aquellos que no lo sean.

<sup>1031</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», op. cit., pág. 887, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», op. cit., pág. 282, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», op. cit., pág. 12; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», op. cit., pág. 7, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», op. cit., pág. 151; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», op. cit., pág. 189; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», op. cit., pág. 139; RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», op. cit., págs. 588 – 589; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., págs. 113 y 118 – 119; GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Algunas Cuestiones Sobresalientes en la Reforma del Código Civil sobre la Protección de las Personas Discapacitadas o Incapacitadas», op. cit., pág. 707; COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Discendiente Incapacitado», op. cit., pág. 365; SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I*, op. cit., pág. 1030. Véase, también, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., pág. 68, que, además de coincidir con lo expresado, destaca que entre los cofiduciarios incapacitados, llamados sin especial designación de partes, puede ser aplicable el derecho de acrecer en cualquiera de las siguientes situaciones: (1) si alguno de ellos, conforme a los arts. 982 y 983 del CC, premurió al causante, renunció a la herencia o es incapaz para suceder; (2) si uno de ellos murió o dejó de estar incapacitado, después de adquirir la condición de heredero o legatario fiduciario; (3) si concluyó uno de los diferentes plazos establecidos para que cada cual pudiera disfrutar de una porción específica de los bienes fideicomitados. Implicando que los fideicomisarios solo podrán ejercitar su derecho sobre los bienes fideicomitados cuando todos los fiduciarios incapacitados hubiesen muerto o recuperado su capacidad de obrar. Solo en ese instante, a su parecer, se dará la delación fideicomisaria. Criterio que la autora fundamenta en la aplicación analógica del art. 521 del CC y en una interpretación cónsona con los intereses de los descendientes incapacitados y la voluntad presunta del causante. Contrariamente, opina que no se dará el acrecimiento entre los cofiduciarios, es decir, la parte de la legítima corta de aquel fiduciario que hubiese premuerto al causante, renunciado a la herencia o resultado incapaz para suceder, pasará a los fideicomisarios no incapacitados, si estos fueron llamados con especial designación de partes.

<sup>1032</sup> En base a su teoría, que estudiaremos con mayor detalle en el apartado B de esta vigente sección cuarta, de que al fiduciario incapaz se le deben haber atribuido el segundo y tercer tercio de la herencia del causante,

situación de necesidad particular de cada cual. Entendiéndose que aquellos descendientes incapacitados que fueron excluidos como fiduciarios no podrán ser designados como fideicomisarios. Ya que con la sustitución fideicomisaria especial no se puede beneficiar a un hijo descendiente incapacitado a costa de gravar la parte de la legítima de otro que también lo sea. Tal circunstancia lo convertiría en un fideicomisario, siendo esto contrario no solo a la finalidad de la LPPPD, sino, también, a su texto que claramente expresa que dentro de este esquema fideicomisario excepcional los descendientes incapacitados deben ser fiduciarios, aunque, como previamente mencionado, su designación como tal no sea obligatoria para el fideicomitente. Significa que si el testador decide constituir una sustitución fideicomisaria especial, con respecto a los descendientes incapacitados solo tendrá dos alternativas: (1) nombrarlos fiduciarios o (2) atribuirles su porción en la legítima corta. No será opción que los designe como meros fideicomisarios de su legítima. Puesto que en la delimitación que hace el legislador entre los fiduciarios y los fideicomisarios, no queda dudas de que en el segundo grupo solo podrán incluirse los hijos o descendientes no

---

además de su legítima, antes de que el testador pueda optar por gravar con la sustitución fideicomisaria la porción legitimaria de los fideicomisarios no incapacitados, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., págs. 103 – 104, esp. en la pág. 104, opina que el testador puede decidir atribuirle a alguno de los descendientes incapacitados, de haber varios, el tercio de mejora y el de libre disposición, además de su legítima, mientras a otro de ellos, aparte de asignarle su porción legitimaria, nombrarlo como fiduciario de los bienes objeto del fideicomiso especial, que no son otros que los que les corresponderían a los fideicomisarios no incapacitados por su parte legal en el patrimonio hereditario del causante. Mediante este contexto no solo se estaría cumpliendo con favorecer a los descendientes incapaces, sino que en la distribución del beneficio se estaría tomando en consideración la situación particular de cada uno de los incapacitados. Justificando esta desigualdad entre los cofiduciarios en «el hecho de que, en presencia de hijos o descendientes incapacitados, el primer tercio o tercio de legítima estricta se comporta como tercio de mejora, y si la mejora puede ser distribuida por el testador a su arbitrio, también según su criterio podrá distribuir el primer tercio entre los hijos o descendientes incapacitados fiduciarios, aunque, claro está, deberá distribuirlo por partes iguales entre los legitimarios fideicomisarios, para los cuales, dicho tercio, cuando lo reciban, será de legítima estricta». En contra de esta posición, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», op. cit., págs. 143 – 144, señala, sujeto a su teoría, que también será discutida detalladamente en el apartado B de esta cuarta sección, de que con el gravamen fideicomisario especial quedan gravados tanto el fideicomisario no incapacitado como el fiduciario incapaz y que el gravamen de este último se equilibra dándole el disfrute de todo el primer tercio de la herencia del causante, que si hay pluralidad de descendientes legitimarios incapaces, estos deberán percibir iguales porciones de la legítima estricta sujeta a la sustitución fideicomisaria especial. En cambio, es su parecer que estos sí podrán recibir cantidades diferentes si las mismas provienen del segundo o tercer tercio de la herencia del ascendiente causante. A nuestro modo de ver, si el testador tiene la opción de constituir o no el fideicomiso especial y de decidir a cuál o cuáles de sus descendientes designar como fiduciarios, igualmente debe tener la potestad de distribuir los bienes fideicomitados entre los descendientes incapacitados como mejor entienda conveniente, ya sea de forma desigual o equitativa. Según este lo puede plenamente hacer respecto al tercio del libre disposición y también en cuanto al segundo, siempre en este caso cumpliendo con que los beneficiarios sean sus descendientes, legitimarios o no. Máxime cuando no se trata de la legítima de los descendientes incapacitados, que deberá serles atribuida en la misma proporción y sin gravamen alguno, sino más bien de la porción legal a que tienen derecho los descendientes no incapacitados, pero de la que los incapaces podrán disfrutar provisionalmente, al recaer sobre ella el fideicomiso especial. En esta determinación, sin duda, el testador tomará en consideración las respectivas necesidades de los descendientes incapacitados. ¿Quién mejor que el testador, que debe conocer las particularidades de cada uno de sus legitimarios, para hacer esta evaluación?

incapacitados. De manera que el fideicomiso especial no podrá recaer sobre la parte de la legítima que le correspondería al hijo o descendientes incapacitado excluido como fiduciario, sino solo sobre el resto del primer tercio de la herencia al que tienen derecho los demás coherederos forzosos que no están incapacitados.<sup>1033</sup>

No obstante, se han suscitado distintas apreciaciones doctrinales en relación con la posibilidad de que los descendientes incapacitados sean nombrados como fiduciarios sucesivos, uno detrás del otro. Algunos autores opinan que este supuesto es viable, siempre que se defina el instante en que los bienes fideicomitidos pasarán de uno al otro y se cumpla con los límites establecidos por el art. 781 del CC, analizado conjuntamente con el art. 778 del CC, preceptos que consideran aplicables porque no fueron objeto de modificación por la LPPPD. En términos prácticos, se entiende que al primer incapacitado se le llama como fiduciario, mientras el llamamiento del segundo se hace originalmente como primer fideicomisario.<sup>1034</sup> Al transcurrir el plazo o la condición dispuesta por el fideicomitente, ese segundo incapacitado pasa a ser fiduciario y el resto de coherederos forzosos no incapacitados quedan como los segundos y definitivos fideicomisarios.<sup>1035</sup>

---

<sup>1033</sup> PEREÑA VICENTE, M., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima ¿Piedra Angular del Sistema de Protección de los Incapacitados?», *op. cit.*, págs. 694 - 695, *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, *op. cit.*, págs. 124 - 125; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 139; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 7; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 71. En contra TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 90, sostiene que «[c]uestión distinta es la de que siendo varios los descendientes incapacitados – hijos – se pueda elegir a uno o varios como fiduciarios[,] en cuyo caso los no elegidos serían fideicomisarios».

<sup>1034</sup> Enfatizamos en que lo expuesto es la manera en que el autor concibe el efecto práctico de que se designe a los descendientes incapacitados como fiduciarios sucesivos. Aclaramos, sin embargo, que, por la lógica de la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria, realmente se trata de dos fiduciarios porque el fideicomisario únicamente es el heredero final. No hay fideicomisarios sucesivos, a pesar de que pueden sustituirse vulgarmente, lo que no significará que el segundo llamado vaya después del primero, sino que el posterior llegará a ser fideicomisario solo si el nombrado en primer lugar no llega a serlo. Otro supuesto posible sería que se nombraran como fideicomisarios simultáneos a varios individuos en la cuota que se hubiera establecido.

<sup>1035</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 7, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 151. Véase, además, LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 189; RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, págs. 588 - 589; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 68 y 70; GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Algunas Cuestiones Sobresalientes en la Reforma del Código Civil sobre la Protección de las Personas Discapacitadas o Incapacitadas», *op. cit.*, págs. 707 - 708; COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, pág. 365; SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I*, *op. cit.*, pág. 1030, sin sujetarse expresamente a justificación alguna. Al respecto, DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de

Más concretamente, al interpretar el art. 808.4 del CC, se ha concluido que la exigencia expresa de que los únicos que podrán ser fiduciarios son los descendientes incapacitados y que solo serán fideicomisarios los que no lo estén, tiene que ver con que los primeros no pueden ser destinatarios definitivos de la porción legal de los segundos. Significa que los hijos o descendientes incapacitados podrán ser a la misma vez «fideicomisarios respecto del fiduciario incapacitado anterior, y fiduciarios respecto al fiduciario incapacitado siguiente, o respecto al legitimario fideicomisario definitivo, que siempre será un legitimario no incapacitado».<sup>1036</sup> Análisis general que se sustenta en la concepción de que el ámbito objetivo de esta sustitución fideicomisaria especial se limita a la parte de la legítima corta, parcial o total, correspondiente a los descendientes no incapacitados.

De ahí el planteamiento de que, conforme al art. 781 del CC, que entienden aplicable tanto para la sustitución fideicomisaria general como para la especial porque el legislador no excluyó su aplicación respecto a esta última, el nombramiento de fiduciarios sucesivos no tendrá límite si a la muerte del testador todos sus descendientes están vivos e incapacitados o su incapacidad se declara judicialmente en o antes de que sea eficaz la apertura del fideicomiso excepcional. Y que, además, el fideicomitente puede designar como fiduciarios sucesivos intermedios a dos de sus hijos o descendientes que al momento de su fallecimiento no hubieran nacido, incluso, ni siquiera concebidos, por virtud de las técnicas de reproducción asistida, ni que, evidentemente, estuvieran incapacitados, siempre que los requisitos de estar vivos e incapacitados los cumplieran en el instante en que la sustitución fideicomisaria operara en su beneficio.<sup>1037</sup>

---

Sucesiones», *op. cit.*, págs. 887 – 888, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 282 - 283, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 12 – 13, no ve problema alguno en que el testador nombre a los fiduciarios de forma sucesiva, al constituir esta sustitución fideicomisaria excepcional. Reconoce, sin embargo, que la existencia de dos fiduciarios sucesivos implicará una afectación mayor para los fideicomisarios, que tendrán que esperar más tiempo para recibir los bienes fideicomitados. A pesar de ello, afirma que el legislador, al establecer esta excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, no consideró el momento en que los gravados fueran a percibir su porción en el primer tercio de la herencia. Criterio que apoya en dos consideraciones. Primero, «se permite instituir la sustitución fideicomisaria nombrando fiduciario al nieto legitimario incapacitado y fideicomisarios a sus tíos». Segundo, «no sería lógico poner dificultades al nombramiento de fiduciarios sucesivos por razón del tiempo que ha de transcurrir hasta que los legitimarios – fideicomisarios reciban los bienes fideicomitados, cuando no hay duda de que el testador puede nombrar cofiduciarios con derecho de acrecer entre sí, con lo que a la postre el tiempo que han de esperar los fideicomisarios para adquirir los bienes sería exactamente el mismo».

<sup>1036</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 71.

<sup>1037</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 69 – 70. Contrariamente, es nuestra apreciación que esta autora, luego de examinar los arts. 782 y 808.4 del CC y la exposición de motivos de la LPPPD, piensa que bajo el supuesto de nombramiento como fiduciarios simultáneos a uno o algunos de los descendientes incapacitados, no podrá ser

Distintamente, otros estudiosos son del criterio de que el fideicomitente no puede designar a los hijos o descendientes incapacitados como fiduciarios sucesivos. Se considera inviable cualquiera de las dos formas posibles de fideicomiso sucesivo.<sup>1038</sup> La que se instrumenta mediante la sustitución recíproca que se suscita entre los descendientes incapacitados, en relación con las porciones del primer tercio de la herencia que cada uno de ellos va dejando libre por motivo de su fallecimiento. Y aquella en la que los primeros dos llamamientos se realizan, respectivamente, a favor de un hijo o descendiente incapacitado y el tercero, y último, se efectúa a nombre de un coheredero forzoso no incapacitado.

En cuanto a la primera modalidad, se argumenta que si se permitiera, el coheredero forzoso no incapacitado sufriría un gravamen mayor porque su parte en la legítima estricta estaría sometida a una doble o múltiple sustitución fideicomisaria. Implicando que debería esperar hasta el deceso del último descendiente incapacitado para poder recibir su porción legal. Situación que no se concibe como parte del supuesto excepcional que se autoriza en el art. 808.4 del CC, en la medida en que se alude a una sola sustitución fideicomisaria. Carácter que es el que, precisamente, y junto a la protección ordinaria que se le debe a la legítima, obliga a que se provea una interpretación estricta a dicho precepto.<sup>1039</sup>

Como esta sustitución fideicomisaria que recae sobre la legítima corta representa una excepción a la regla general de que no se pueden efectuar gravámenes sobre este primer tercio del caudal hereditario y, además, es una salvedad que resulta en la restricción de derechos, la misma debe interpretarse restrictivamente, no siéndole aplicable la posibilidad de que el fideicomitente realice llamamientos sucesivos de fiduciarios, es decir, que predetermine, por virtud del art. 781 del CC, el destino de sus bienes hereditarios a favor de todas las personas que estuvieran vivas al momento de su muerte o de no estarlo, solo hasta una segunda sucesión. No se puede interpretar esta institución jurídica especial de manera extensiva, analizando integralmente los arts. 808.4 y 781 del CC, porque los hijos o descendientes no incapaces del testador pudieran terminar sin recibir nada de la herencia. En

---

fideicomisario aquel que sujeto a la misma condición hubiera sido excluido de tal designación. Es su criterio que el beneficio de alguno de los descendientes incapacitados no puede estar supeditado a que el fideicomiso especial se constituya sobre la parte de la legítima que le correspondería al incapacitado que fue exceptuado como fiduciario. En concreto, opina que «si el legislador dice que “*se permite* que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta... sólo cuando ello *beneficiare* a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado”, está diciendo también, *sensu contrario*, que “*no se permite* que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta... cuando ello *perjudicare* a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado”, que sería lo que ocurriría en ese caso». (pág. 71).

<sup>1038</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 140.

<sup>1039</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 140.



otras palabras, técnicamente desheredados. Ya que es muy probable que cuando finalicen los diversos llamamientos intermedios a favor de los descendientes incapacitados, sus hermanos o tíos hayan fallecido y que, entonces, los bienes hereditarios terminen definitivamente en poder de los descendientes de estos. De ahí que se fomente que este fideicomiso especial no se interprete como una afectación al principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima, sino más bien como una excepción de su aspecto cualitativo.<sup>1040</sup>

Respecto a la segunda, se comenta que contradice el texto del precepto que autoriza este esquema fideicomisario especial, según el cual los descendientes incapacitados solo podrán ser cofiduciarios, siendo, entonces, necesario que el primer llamamiento se haga exclusivamente a su favor. No es permisible que otro hijo o descendiente incapacitado suceda en segundo lugar porque significaría el gravamen de su porción legitimaria.<sup>1041</sup>

Aunque se entienda que el segundo fiduciario incapacitado no es realmente un fideicomisario, pues esta designación corresponde más bien a los coherederos forzosos no incapacitados, que son los que se quedan definitivamente con los bienes hereditarios, lo cierto es que durante el periodo en que está instituido el primer fiduciario incapacitado, contrario a la finalidad que el legislador perseguía con la LPPPD, su porción en la legítima corta se encuentra gravada. Es cierto que el testador tiene plena libertad para decidir a cuál o cuáles de sus hijos o descendientes incapacitados va a beneficiar con la excepción al régimen ordinario de la legítima estricta. Sin embargo, ese ejercicio de su autonomía no puede ser contrario al bienestar del resto de los hijos o descendientes incapacitados, atribuyéndoles como fideicomisarios su parte en el primer tercio de la herencia. De manera que cada descendiente incapacitado que no hubiera sido instituido como fiduciario deberá quedar

---

<sup>1040</sup> SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, op. cit., págs. 450 y 457 – 458. Cuatro años antes, SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», op. cit., págs. 114 – 115, opinaba de forma algo distinta. Concretamente, este autor manifestaba: «La sustitución fideicomisaria permitida en la Ley que comento se limita a un llamamiento, pero creo que no hay inconveniente en aplicar el art. 781 que permite sustituciones fideicomisarias que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Es decir[,] que la nueva sustitución que permite gravar la legítima estricta agota un grado (llamamiento) y cabe un segundo grado en base al art. 781». Por su parte, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., pág. 70, señala que no le persuade la más reciente argumentación de SERRANO GARCÍA porque «la posibilidad de que el legitimario no incapacitado no llegue, personalmente, a adquirir los bienes fideicomitados existe siempre que se establezca este tipo de sustitución por el causante, aunque sólo se nombre fiduciario a un hijo o descendiente vivo e incapacitado en el momento de fallecer el fideicomitente, lo cual es más que una consecuencia del mecanismo elegido por el legislador para beneficiar al incapacitado (el de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima)».

<sup>1041</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», op. cit., pág. 140.

exento de la aplicación de la sustitución fideicomisaria especial, pues de ninguna forma podrá ser designado como fideicomisario.<sup>1042</sup>

La exclusión de la participación en la institución especial de todo hijo o descendiente incapacitado que no fue nombrado por el fideicomitente como fiduciario, se justifica en el perjuicio que a este le supondría el que se le designara como fideicomisario. Esta sustitución fideicomisaria especial no fue autorizada para que el testador la utilice como medio para perjudicar a los descendientes incapacitados, sino para beneficiarlos. Finalidad que no se satisface con el hecho de que con la afectación de algún descendiente incapacitado se alcance el beneficio de otros en igual condición. Ni el sentido común ni el espíritu de la norma que regula este fideicomiso especial legitiman que el testador grave la parte del primer tercio de la herencia que le correspondería a un descendiente incapacitado para favorecer a otro. Realidad que se valida en el propio texto de los arts. 782 y 808.4 del CC, cuando expresamente, por un lado, se establece que los hijos o descendientes incapacitados únicamente podrán ser fiduciarios y, por otro, que el gravamen de la legítima estricta solo deberá utilizarse para favorecer a este colectivo.<sup>1043</sup>

Tanto así que se piensa, con justa razón, que se debe proceder a la extinción o resolución parcial del fideicomiso especial, dependiendo de si eran uno o varios los fideicomisarios, si a alguno de los coherederos forzosos, inicialmente, con plena capacidad de obrar, le sobreviene una incapacidad después de la apertura de la sucesión y de haber asumido la condición de fideicomisario. Procediéndose, entonces, a restituirle su porción legitimaria al nuevo incapacitado. Ya no podrá ser fideicomisario porque a través de este instituto excepcional, según se deduce claramente de su normativa, no se puede perjudicar a los hijos o descendientes incapacitados del causante.<sup>1044</sup>

---

<sup>1042</sup> NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, págs. 140 - 142.

<sup>1043</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 116, 118 – 119 y 125, nota 207. Es nuestro parecer que este autor se contradice cuando, por un lado, asume la aludida postura de «la imposibilidad de que los hijos o descendientes incapacitados sean nombrados fideicomisarios por el perjuicio que supone para ellos [...]». (pág. 119). Y, por tanto, «oponer[se] a la posibilidad de que el testador use la sustitución fideicomisaria especial como medio para perjudicar a alguno de sus hijos o descendientes incapacitados (aunque esté beneficiando, al mismo tiempo, a otro incapacitado) [...]». (pág. 118). Llegando hasta afirmar de manera categórica que el hermano o sobrino incapacitado «[o] aparece como fiduciario de la figura especial, o recibe su legítima estricta sin gravamen alguno». (pág. 125, nota 207). Mientras, por otro lado, plantea que el testador puede designar como fiduciarios sucesivos a alguno de sus descendientes incapacitados, es decir, «a uno en primer momento (fiduciario), y a otro en segundo momento (fideicomisario que llegado el momento, pasa a convertirse en fiduciario)». (pág. 113). Perspectiva esta última más acorde con su criterio de que la parte de la legítima estricta correspondiente al descendiente incapacitado no forma parte del objeto del fideicomiso especial. (págs. 133 – 134).

<sup>1044</sup> NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 142; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*,

Por nuestra parte, es evidente que la aplicación de la sustitución fideicomisaria excepcional depende de los siguientes presupuestos: (1) que el testador tenga varios descendientes, más adelante discutiremos si debe tratarse de un legitimario o no, y (2) que al menos uno de ellos sea incapacitado. Si ambas circunstancias se aúnan con la voluntad del testador, podrá constituirse este fideicomiso especial que grava la legítima estricta. Afirmación que se vislumbra claramente del propio texto del art. 808.4 del CC que dispone: «Cuando **alguno** de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador **podrá** establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, **siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos**».<sup>1045</sup>

El requisito de pluralidad de descendientes se desprende tanto de la segmentación que se hace entre el grupo de fiduciarios y el de fideicomisarios como del uso del pronombre indefinido «alguno», que unido a la frase «hijos o descendientes judicialmente incapacitados», siendo este el segundo elemento característico necesario, se refiere a un «número escaso e inespecífico de personas»<sup>1046</sup> que se encuentran dentro del señalado colectivo, que puede muy bien tratarse de una o de pocas más, pero no de muchas más. Mientras, mediante el uso del verbo «podrá» se hace efectivo, como anteriormente hemos apuntado, el factor requerido de la voluntad testamentaria para gravar el primer tercio de la herencia con una sustitución fideicomisaria especial. Presupuesto que es determinante porque aun estando presentes los otros dos, será la preferencia del testador el criterio decisivo para que se constituya o no el fideicomiso especial.

Por deducción lógica, coincidimos con la mayoría de la doctrina previamente comentada, en que si el legislador le confirió al testador la facultad para decidir si establece o no el gravamen sobre la legítima estricta, igual libertad deberá tener para determinar a cuál o cuáles de sus descendientes incapacitados nombrará como fiduciarios. Máxime cuando es él quien conoce las necesidades particulares de cada uno de sus hijos o descendientes incapacitados.

Es indudable que únicamente los miembros de ese colectivo podrán ser fiduciarios. Planteamiento que justificamos en varias consideraciones. Por un lado, en la clara expresión que se utiliza en el aludido art. 808.4 del CC: «siendo fiduciarios los hijos o descendientes

---

*op. cit.*, pág. 119. Véase, además, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 95.

<sup>1045</sup> Énfasis suplido.

<sup>1046</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, *op. cit.*, [www.del.rae.es/?id=1oOa9Jk](http://www.del.rae.es/?id=1oOa9Jk), última consulta el 1 de marzo de 2018.

judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos». Dando claramente a entender que solo podrán ser fiduciarios aquellos descendientes a los que se les hubiera dictado una sentencia judicial de incapacitación. Y que, a la vez, únicamente serán fideicomisarios los hermanos o tíos del o los fiduciario(s) que tengan plena capacidad de obrar. Por otro lado, en el art. 782 del CC se establece de manera contundente que la única manera en que se permite que la sustitución fideicomisaria grave la legítima corta es si se constituye «en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado [...]». Afirmación que se hizo, también, formar parte de la finalidad legislativa que se manifiesta en la Exposición de Motivos de la LPPPD en los siguientes términos: «Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero **sólo** cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado [...]». Aquí, el uso del adverbio «solo» resulta ser muy significativo porque, en correspondencia con su significado, se indica de forma categórica que «únicamente o solamente»<sup>1047</sup> podrá establecerse un gravamen sobre el primer tercio del patrimonio hereditario del causante, si con ello se favorece a un descendiente incapacitado. Si con la imposición del fideicomiso especial no se le ayuda, sino que más bien se le perjudica, el mismo no podrá constituirse y de hacerlo deberá considerarse nulo, al no cumplirse con el propósito que perseguía el legislador al establecer la norma que lo regula, que no es otro que proteger a aquellos hijos o descendientes del testador que a causa de su incapacidad requieren de mayor ayuda patrimonial y económica en general.

No bastará que con el gravamen sobre la legítima corta se beneficie a alguno de los descendientes incapacitados del fideicomitente, si tal amparo se efectúa a costa de uno en igual condición. Tal supuesto, de una parte, subvierte el espíritu proteccionista que la LPPPD tiene, en términos generales, con las personas discapacitadas y, específicamente, en el caso del fideicomiso especial, las incapacitadas, que indudablemente se manifiesta además, en la letra de los mencionados preceptos del CC. En la medida en que aunque se provee un beneficio para alguno de los hijos o descendientes incapacitados, a la vez, se está causando un perjuicio a otro que pertenece al mismo colectivo. El testador, sin duda, tiene la facultad de decidir o no utilizar el mecanismo sucesorio de la sustitución fideicomisaria excepcional para favorecer a alguno de sus hijos o descendientes incapacitados, pero de ninguna forma el legislador le ha concedido esta potestad para que con el gravamen sobre la legítima corta perjudique a uno de ellos. Tal posibilidad, desde nuestro punto de vista, está totalmente

---

<sup>1047</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, *op. cit.*, [www.del.rae.es/?id=YJBepw](http://www.del.rae.es/?id=YJBepw), última consulta el 1 de marzo de 2018.

vedada. De otra parte, la hipotética circunstancia, igualmente, contraviene el texto del art. 808.4 del CC que claramente establece que los fideicomisarios, es decir, los individuos que sufrirán, al menos temporalmente, el gravamen sobre la legítima estricta serán los coherederos forzosos no incapacitados.

Enfatizamos que los hijos o descendientes incapacitados deberán nombrarse por el fideicomitente, exclusivamente, como fiduciarios, es decir, como beneficiario de los bienes fideicomitidos. Designación que a nuestro parecer podrá darse de forma simultánea o sucesiva. En cuanto al nombramiento como cofiduciario, recalamos, en base a toda la argumentación previamente expuesta, que aquellos descendientes incapacitados que hubiesen sido excluido como tales, no podrán recibir la atribución de su porción legitimaria como sustitutos fideicomisarios, quedándose sujetos a este llamamiento, únicamente, los coherederos forzosos no incapacitados. De manera que a estos se les deberá proveer su porción en el primer tercio de la herencia, igual que a los que fueron llamados como fiduciarios, y quedarán, por tanto, exentos de formar parte del fideicomiso especial.

Respecto a la opción de designar a los descendientes incapacitados como fiduciarios sucesivos, puntualizar que la entendemos viable por dos consideraciones principales. Primero, cuando se autorizó, a través de la LPPPD, el fideicomiso que grava la legítima estricta, el legislador no excluyó de su regulación a las normas generales de la sustitución fideicomisaria ordinaria. Siendo esta una variedad especial de la sustitución fideicomisaria general, consideramos que las mismas, lo que incluye el efecto práctico de los arts. 781 y 778 del CC, que se refieren, en lo pertinente, a la posibilidad de fideicomisos sucesivos más amplios, si se efectúan a favor de personas que están vivas al momento de la muerte del testador, o limitados al segundo llamamiento, si se otorgaron en beneficio de personas que a ese instante todavía no existieran, les serán aplicables en cuanto no entren en contradicción con su normativa específica. Segundo, porque aunque sabemos que hasta que finalice el periodo del primer fiduciario incapacitado, el otro estará, a efectos exclusivamente prácticos<sup>1048</sup>, como primer fideicomisario, entendemos que no habría ningún problema porque no estaría como sustituto fideicomisario de su porción legitimaria sino de la parte que al resto de coherederos forzosos no incapacitados les corresponde en el primer tercio de la herencia.

En definitiva, la parte legal del hijo o descendiente incapacitado en la legítima corta no podrá estar, bajo ninguno de los dos supuestos aludidos, sujeta al gravamen de la sustitución

---

<sup>1048</sup> Puesto que se sabe que no pueden haber fideicomisarios sucesivos, porque esta es una figura que es de herederos finales, sin limitaciones de disposición sobre los bienes recibidos por razón del fideicomiso.

fideicomisaria especial, haya sido o no designado como fiduciario por el fideicomitente. El descendiente incapacitado deberá tener plena disponibilidad sobre la porción que la ley le reserva. Nos parece un sin sentido, además de ser contrario a la letra y al espíritu de la regulación de esta modalidad de sustitución fideicomisaria, que la porción legitimaria del hijo o descendiente incapacitado sea parte, junto con la de los no incapacitados, del objeto del fideicomiso especial, ya que esto implicaría que la misma estaría gravada a favor de su propio titular, sin tener la libertad de disponer de ella conforme le resultara conveniente, a pesar de que se supone que este es más bien un beneficiario del mismo. Asumimos este criterio porque consideramos que el esquema fideicomisario excepcional se limita a gravar la porción legitimaria que le corresponde a los coherederos forzosos no incapacitados, asunto que retomaremos con más detalle más adelante, que son los verdaderos fideicomisarios de esta institución sucesoria.

Ahora bien, la pregunta obligada, sería: ¿desde qué momento el fiduciario debe tener la condición de incapacitado, es decir, debe haber sido declarado incapaz, para que pueda resultar aplicable la sustitución fideicomisaria especial? La ausencia de respuesta a este asunto por la normativa, ha llevado a la doctrina a asumir la responsabilidad de tener que contestar esta interrogante. En esa tarea se han elaborado diversas teorías al respecto.

Evidentemente, el cuestionamiento no tiene que ver con el supuesto de que la declaración de incapacidad al descendiente legitimario fiduciario sea previa al instante en que el testador otorgó su testamento, en el que incluyó una cláusula instituyendo el fideicomiso especial a favor de este. Y, a su vez, esa incapacitación perdura al momento de la apertura de la sucesión, en otras palabras, a la fecha de la muerte del ascendiente testador. Las dudas, precisamente, se generan cuando las circunstancias que rodean el ejercicio de la facultad de constituir esta modalidad de esquema fideicomisario son diferentes al aludido supuesto.

Ciertos autores<sup>1049</sup> opinan que no es necesario que la incapacidad del fiduciario se hubiera decretado antes del otorgamiento del testamento para que fuera válido el fideicomiso

---

<sup>1049</sup> PUIG FERRIOL, L., «Protección del Discapacitado: Aspectos Sucesorios», *op. cit.*, pág. 294; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 189. Véase, también, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 808», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, *op. cit.*, pág. 5862; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1476; PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho Sucesorio como Instrumento de Protección del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 2, 3 y nota 7, *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, *op. cit.*, págs. 131, 132 y nota 104, añadiendo como fundamento a su conclusión, «que el artículo 758 determina que el momento relevante para calificar la capacidad del heredero será el de la muerte del testador». En el caso particular de SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, pág. 114, de una parte de sus expresiones, claramente, se desprende que es partidario de esta primera tendencia doctrinal. Sin embargo, la otra porción de sus manifestaciones, con menos claridad, podría dar la impresión de que también favorece la segunda tendencia doctrinal y hasta, incluso, la tercera, ambas discutidas a continuación en este

especial. Igualmente, este sería efectivo si al fiduciario se le hubiese declarado incapaz después de que el testador constituyó este gravamen fideicomisario en su testamento, pero antes de que el ascendiente fideicomitente falleciera. A esta conclusión llegan al analizar armónicamente el art. 808.4 del CC, el art. 776.1 del CC, relacionado con la sustitución ejemplar, y las diversas decisiones judiciales<sup>1050</sup> que entorno a este último precepto resolvieron que la incapacidad del descendiente sustituido, mayor de catorce años, podía decretarse antes o después de otorgarse la disposición testamentaria y previo al momento en que sea efectiva la sustitución, es decir, a la muerte del sustituido.

Otros estudiosos, por su parte, comparten el criterio de que el fideicomiso especial será efectivo, tanto si la declaración de incapacitación se efectúa antes de que el testador constituya esta figura sucesoria en su testamento como si se dictó después de que el mismo fuera otorgado. Claro está, siempre que la incapacidad se hubiera decretado previo al fallecimiento del testador. No obstante, con una perspectiva más amplia sostienen que, ante el supuesto de que la sustitución fideicomisaria excepcional se hubiese establecido previo a que se dictara la incapacidad del fiduciario y que la muerte del fideicomitente se suscitara ya iniciado el procedimiento judicial de incapacitación, sería, igualmente, válido el fideicomiso especial, si se culmina con una sentencia favorable a la incapacitación. Conclusión que fundamentan en las siguientes consideraciones: (1) la finalidad protectora de la LPPPD exige que prevalezca el beneficio del incapaz; (2) las consecuencias originadas por la demora en la tramitación de un procedimiento judicial de incapacitación no deben ser asumidas por el fiduciario incapacitado ni por el fideicomitente, máxime cuando ello implicaría el incumplimiento con la voluntad del testador de que se favorezca a su hijo o descendiente incapaz con el fideicomiso especial; (3) al aplicarle al supuesto, analógicamente, el art. 758.2 del CC, que dispone que se debe esperar a que se dictamine una sentencia firme respecto a las causas de indignidad que se contemplan en el art. 756.2 y .3 del CC, tiempo durante el que la herencia quedará sometida a administración.<sup>1051</sup>

---

escrito. Para evidenciar lo señalado, se incluye lo expuesto por dicho autor: «De la literalidad de la nueva norma resulta que la declaración judicial de la incapacidad tiene que ser anterior a la disposición testamentaria. **Pero es bien conocido que gran parte de los naturalmente incapaces no están declarados judicialmente como tales y son guardados de hecho por sus padres, cuya preocupación se proyecta en si sus hijos quedan huérfanos.** En su beneficio se debe hacer una interpretación que lleve a una solución semejante a la de la sustitución ejemplar o disponer testamentariamente que queda subordinada dicha sustitución fideicomisaria a la declaración de incapacidad la cual **puede** ser declarada antes del fallecimiento del sustituido». Énfasis suplido.

<sup>1050</sup> Por ejemplo, la STS núm. 305 de 29 de marzo de 2001, Sala Civil, (RJ 2001/4773); la STS de 12 de junio de 1956, Sala Civil, (RJ 1956/2484); STS de 10 de junio de 1941, Sala Civil, (RJ 1941/745).

En definitiva, se entiende que el único caso en que resultaría defendible que la efectividad de la sustitución fideicomisaria excepcional se sujetara a la condición legal de que se dictara una sentencia determinando la incapacidad del fiduciario, sería aquel en el que la muerte del testador ocurre cuando ya había comenzado el procedimiento de incapacitación. Es decir, el fideicomiso especial se estableció en consideración a la incapacitación ya promovida y, en el ínterin, se suscita el óbito del fideicomitente, previo a la sentencia decretando la incapacidad del beneficiario del gravamen fideicomisario. Se trata de una condición, cuya pendencia está limitada temporalmente y, por lo tanto, de un acotado período de duración de la administración provisional de la herencia. Siendo así, que el posible menoscabo que la misma pudiera ocasionarle a los colegitimarios, se compensará con la expectativa de que se cumpla la voluntad testamentaria y de que se proteja patrimonialmente al descendiente que sea declarado incapaz.<sup>1052</sup>

Cierto autor reconoce que del texto del art. 808.4 del CC puede deducirse que es necesario que la incapacitación exista a la fecha en que se abra la sucesión y no, así, cuando se otorgue el testamento. Implicando que aunque el estado de incapacidad del descendiente legitimario fiduciario exista al momento en que se otorga la disposición de última voluntad, lo imprescindible será que el mismo persista al tiempo del deceso del testador, para que la cláusula fideicomisaria pueda tener efecto.<sup>1053</sup>

---

<sup>1051</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 883 – 884 y nota 86, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 279, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 10, «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1050, nota 16, señalando en términos parecidos que «[s]i en el momento de testar ha comenzado el procedimiento de incapacitación sería posible establecer ese fideicomiso sometido a la condición de que realmente el fiduciario resultara finalmente incapacitado»; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 64 – 66; NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, págs. 136 – 137; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 147 – 148 y 150. Véase, también, RIPOLL SOLER, A., «La Sustitución Fideicomisaria del Nuevo Artículo 808 C.C. Fideicomiso de Residuo», *op. cit.*, pág. 826; HERRERO OVIEDO, M., «Pertinencia de la Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», *op. cit.*, pág. 290, apuntando en la nota 8 que su opinión «no implica llevar a cabo una interpretación amplia del precepto sino que únicamente hace una interpretación acorde con la realidad social del tiempo en que ha de aplicarse (art. 3.1 Código Civil) teniendo en cuenta que todo procedimiento lleva su tiempo».

<sup>1052</sup> NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 137. Véase, además, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 150 – 151, que, en términos similares, señala que «al estar ya iniciado antes del fallecimiento del testador el procedimiento de incapacitación, el tiempo en el que la herencia permanecerá siendo administrada es mucho menor, dependiendo “simplemente” de la celeridad de los tribunales para saber si la persona que sufría la enfermedad en cuestión, ha sido o no declarada incapacitada, y por ende, si la sustitución fideicomisaria es, o no, válida».



A pesar de ello, con un enfoque aún más amplio, considera<sup>1054</sup> que la validez del fideicomiso especial tampoco está supeditada a que al momento de la muerte del testador hubiera existido una sentencia de incapacitación o que se hubiese iniciado un procedimiento judicial a tales efectos. Lo relevante es que la pérdida de la capacidad de autogobierno del fiduciario ya se hiciera manifiesta al tiempo de abrirse la sucesión. En otras palabras, que la deficiencia o enfermedad física o síquica de alguno de los descendientes fuera de tal entidad, que moviera la voluntad del testador a establecer a su favor una sustitución fideicomisaria especial, previendo en la disposición testamentaria que eventualmente este sería declarado incapacitado. De ahí que será suficiente que la causa de incapacidad se acredite en el procedimiento judicial de incapacitación, sin importar que el mismo se hubiera iniciado después del fallecimiento del ascendiente. Se entiende que de esta forma no solo se es coherente con una norma de carácter protector, sino que se cumple con el objetivo de fomentar la incapacitación.<sup>1055</sup>

---

<sup>1053</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, págs. 781 - 782, «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 137 - 138. Esta perspectiva es la que, precisamente, admite RUIZ - RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 6.

<sup>1054</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, pág. 781, «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 137. Véase, además, MORENO FLÓREZ, R. M<sup>a</sup>., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», *op. cit.*, págs. 1014 - 1016, esp. las págs. 1015 - 1016, que señala que esta amplia interpretación es la que mejor satisface las necesidades del incapacitado. Por su parte, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 65 - 67, esp. en la pág. 66, aunque se ubica como partidaria de la segunda vertiente doctrinal, también piensa que es viable el tercer enfoque, sujeto a los siguientes criterios: «En cuanto a la posibilidad de constituir la sustitución fideicomisaria *sometida a la condición suspensiva* de que el hijo o descendiente sea incapacitado en el futuro, iniciándose el procedimiento de incapacitación una vez fallecido el causante, no vemos inconveniente para ello siempre que la causa de incapacitación concurriera en el momento de abrirse la sucesión y se determinase un plazo prudencial para que la misma fuera declarada judicialmente, y llevaría a poner la herencia en administración hasta que se cumpliera la condición o hubiera certidumbre de que ya no se iba a cumplir». Al argüir esta visión, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, pág. 150, comenta lo siguiente: «En nuestra opinión, tal postura puede suponer una verdadera desheredación de los herederos forzosos, e, incluso, del propio enfermo, ya que se nos ocurre cuestionarnos: ¿quién administraría la herencia fideicomitada hasta que los familiares del enfermo se animen a iniciar el procedimiento de incapacitación, y finalmente se dicte la sentencia? O yendo más allá, y si finalmente, tras años de espera desde que falleció el testador, hasta que se inició el proceso de incapacitación y se dicte sentencia, precisamente la sentencia no declara la incapacitación del enfermo?».

<sup>1055</sup> Basándose en la segunda teoría doctrinal y en el criterio de FUENTESECA DEGENEFFE, C., «Aspectos Sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», *op. cit.*, pág. 1748, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 66 - 67, opina que, igual que a un hijo vivo, con imposibilidad de gobernarse por sí mismo, se le niega ser fiduciario del fideicomiso especial por no estar incurrido en un procedimiento de incapacitación al fallecer el testador, no será válida una sustitución fideicomisaria especial constituida, sin mayor detalle, a favor de un descendiente concebido, pero no nacido (*nasciturus*) a la muerte del ascendiente, a pesar de saberse que nacerá con el síndrome *Down*, porque,

Los partidarios de la cuarta tendencia doctrinal aceptan también que la incapacidad del descendiente fiduciario debe estar declarada al momento del óbito del ascendiente, para que sea válida y efectiva la sustitución fideicomisaria especial que el testador hizo formar parte de su disposición de última voluntad. Sin embargo, con un criterio parecido al de los defensores de la tercera teoría, aunque con la diferencia de que, al menos, en sus expresiones no hacen referencia a la necesidad de que el germen de la incapacidad existiera desde antes de la muerte del testador, plantean que el fideicomiso especial se puede constituir supeditado a la condición de que la incapacidad del fiduciario se declare en cualquier instante después de la apertura de la sucesión. Con el consabido resultado, conforme al art. 801 del CC, de que los bienes hereditarios serán sometidos a administración provisional hasta que se realice la mencionada condición suspensiva o se tenga certidumbre de que la misma no se cumplirá.<sup>1056</sup>

---

evidentemente, no se habrá iniciado el procedimiento de incapacitación, al momento de la apertura de la sucesión. Parecer que modifica de darse el supuesto de que además de nombrarse a dicho descendiente *nasciturus* como fiduciario, se cumpliera con una serie de circunstancias más próximas a la tercera postura doctrinal. En concreto, tiene que ver con que: (1) la institución de la sustitución fideicomisaria especial se sujete a la condición suspensiva de la eventual declaración de la incapacidad del concebido y no nacido antes del deceso del testador; (2) el procedimiento de incapacitación se inicia luego de la muerte del ascendiente; (3) la causa de incapacitación ya existía al tiempo de la apertura de la sucesión; (4) se estableciera un término para que la incapacidad sea declarada judicialmente, lo que implicaría que la herencia estaría en administración hasta que se cumpliera la condición o se tuviera certeza de que ya no se cumpliría.

<sup>1056</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 6 – 7 y nota 4, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 151 y nota 4. Siguiendo el mismo criterio, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I., *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, *op. cit.*, pág. 906; COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, pág. 365. En contra de esta posición, tanto porque la puesta en administración de la herencia generaría incertidumbre y provisionalidad como por la afectación que se causaría a la legítima de los descendientes legitimarios, NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, págs. 136 - 137, señala lo siguiente: «Si bien el ámbito de aplicación del artículo 801 son las disposiciones voluntarias y en el caso de la sustitución prevista en el artículo 782 CC estamos ante una disposición voluntaria, no debemos olvidarnos ni de la excepcionalidad que caracteriza a esta medida ni de que su aplicación presupone la existencia de un hijo o descendiente incapacitado, de modo que la mera expectativa de que alguno de ellos pueda resultar incapacitado en el futuro no parece argumento suficiente para poder privar temporalmente a los colegitimarios de su porción en la legítima estricta». (pág. 137). También opuesta, HERRERO OVIEDO, M., «Pertinencia de la Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», *op. cit.*, pág. 290, sostiene que es inadmisibles que la efectividad del fideicomiso especial se haga depender de que se cumpla la condición de que el descendiente fiduciario llegue a ser incapacitado, partiendo de la premisa de que esta figura sucesoria fideicomisaria es una excepción a la regla general de que la legítima no puede ser sometida a ningún tipo de gravamen, condición o sustitución alguna. Por lo que, su alcance no puede definirse ampliamente, en base a una interpretación extensiva. Al tampoco parecerle admisible, más ampliamente, DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 884, argumenta lo siguiente: «El establecer esa condición en una disposición testamentaria ordinaria sería factible, pero no podemos olvidar en ningún momento que el fideicomiso que contemplamos aquí recae sobre la legítima estricta y el art. 813 CC prohíbe la imposición de condición a las legítimas. La excepción que recoge respecto del fideicomiso del art. 808 CC es exclusivamente al propio fideicomiso, pero no se puede extender a que se establezca condicionalmente. Resulta evidente que si se admitiera la condición y que, conforme a lo dispuesto en el art. 813 CC, tuviera que ponerse la herencia en administración hasta que la condición se cumpla o haya certeza de que no va a cumplirse, los colegitimarios habrían de esperar toda la vida del designado como fiduciario, puesto que hasta su muerte no se sabría si va a resultar incapacitado o no. Por tanto, los colegitimarios no podrían acceder a su legítima sin que en contrapartida se obtuviese con seguridad algún beneficio [para] el heredero al que se piensa que se podría

A nuestro parecer, con la expresión «[c]uando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta [...]», que se contempla en el art. 808.4 del CC, el legislador presentó únicamente el momento en que peculiarmente se declarará la incapacidad del descendiente legitimario designado como fiduciario, que normalmente será antes de que el testador otorgue su testamento. Esta obviedad, sin embargo, no significa que el fideicomiso especial será inválido e ineficaz, si el fideicomitente, movido por la preocupación por lo que le deparará el futuro a su hijo o descendiente con padecimiento de una deficiencia o enfermedad física o mental persistente, lo estableció previo a la declaración judicial de incapacidad. Ante esta modalidad de sustitución fideicomisaria, lo medular será que la incapacidad del fiduciario se declare antes del deceso del ascendiente.

Recordemos que estamos ante un esquema fideicomisario particular en el que el efecto inicial de su aplicación es que los bienes objeto de la porción legitimaria de los descendientes fideicomisarios no incapaces se destinan provisionalmente para beneficio del que de este grupo parental fuera declarado incapaz, alterándose, así, su destino normal y legal. Entonces, para que, una vez constituida, se active esta figura sucesoria especial, evidentemente, será preciso, por un lado, que el testador fallezca, suceso que desplegará la eficacia del testamento, ya que por su propia naturaleza este acto dispositivo produce efectos *mortis causa*. Y, por otro lado, más aún, será necesario que al momento del llamamiento del descendiente legitimario nombrado como fiduciario, que es coetáneo al de la muerte del ascendiente, se haya decretado judicialmente su incapacidad, puesto que, precisamente, por su causa los fideicomisarios no incapaces verán aplazado el disfrute de su derecho legitimario. En otras palabras, a la fecha de la apertura de la sucesión y de la determinación de legitimarios debe haberse producido la declaración de incapacidad del fiduciario porque este es el requisito legal imprescindible para que no solo se altere el régimen jurídico del primer tercio de la herencia sino que, además, pueda resultar eficaz el fideicomiso especial que la grava.

Entendemos, no obstante, que también sería eficaz un fideicomiso especial constituido antes o después de iniciarse el procedimiento de incapacitación del descendiente legitimario

---

incapacitar en algún momento, pero que también puede ser que no llegue nunca a estarlo». Igualmente contrario a la postura asumida por GÓMEZ GÁLLIGO, por entender que la misma provocaría que la herencia esté indefinidamente condicionada, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., págs. 151 – 152, levanta los siguientes cuestionamientos: «¿Y si Fulanito llega a ser incapacitado 30 años después de la apertura de la sucesión y ya no hay herencia? ¿Qué derechos tendría, entonces, éste contra el resto de herederos-fideicomisarios? O ¿quién compraría bienes sobre los cuales recae una posible sustitución fideicomisaria que se constituiría en el supuesto nada descartable hoy [...] día, de que una persona que tiene plenitud de facultades mentales y físicas, sea incapacitada en un futuro?».

designado como fiduciario, aunque el testador hubiese fallecido previo a que se dictara sentencia decretando la incapacidad del mismo. Asumimos esta postura porque, de una parte, consideramos que el tiempo que tarde un proceso judicial de incapacidad no debe jugar en contra del testador, ni mucho menos del posible incapaz. Máxime cuando el mismo se promovió para cumplir con el requisito legal de incapacitación judicial, que se exige en los arts. 808.4, 782 y 813.2 del CC para que la sustitución fideicomisaria especial tenga eficacia y pueda excepcionar el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Además de que con este enfoque se puede poner en efecto la voluntad del ascendiente causante de proteger con los bienes fideicomitidos, al menos provisionalmente, al descendiente incapaz. Cumpliéndose así, a su vez, las dos finalidades que el legislador perseguía con la aplicación de esta institución fideicomisaria especial, es decir, ampliar la libertad de testar del testador y proveer mayores recursos patrimoniales al descendiente incapacitado para que pudiera satisfacer sus necesidades vitales. Todo ello, sin que el evento futuro del decreto de incapacitación afecte en demasía al derecho legitimario de los descendientes fideicomisarios no incapaces, porque se entiende que poco tiempo después de la muerte del fideicomitente se conocerá si dicha condición se realiza o no, lo que implica que, igualmente, la administración provisional de la herencia tendrá una duración limitada.

A lo que se añade que siendo, de ordinario, la fecha de la muerte del fiduciario el plazo para que se extinga el fideicomiso especial, este por norma de vida seguirá transcurriendo en el tiempo que reste para concluir el proceso judicial de incapacitación. Período en el que, igual que si ya se hubiera obtenido una sentencia de incapacitación, los fideicomisarios no incapaces tampoco tendrán acceso al disfrute de los bienes hereditarios objeto de su derecho legitimario. En todo caso, sería el fiduciario el que hasta que no se determine la validez de la sustitución fideicomisaria excepcional no podrá tener acceso a los bienes fideicomitidos conformados por la porción legal de los descendientes no incapacitados.

No hacemos extensiva esta apreciación al supuesto en el que el proceso de incapacitación se inicia cualquier momento luego del óbito del testador, aunque como parte del mismo se confirme que la causa de incapacidad existía desde antes de la apertura de la sucesión. Tampoco al caso en que, expresamente, la sustitución fideicomisaria se establece sujeta a la condición de que prospectivamente, a partir del fallecimiento del fideicomitente, se decrete la incapacidad del descendiente fiduciario.

Es cierto que, intrínsecamente, tanto en estos dos supuestos como en el que apoyamos, la eficacia del esquema fideicomisario especial está supeditada a la condición suspensiva de que se declare la incapacidad del fiduciario. Sin embargo, hay unas características

particulares que los hacen distinguibles y que justifican nuestra postura. Nos referimos a que contrario a estos dos contextos, en la aludida alternativa que defendemos, se recurrió al tribunal, previo al deceso del testador, para solicitar que se declarara la incapacidad del fiduciario y así lograr que se diera cumplimiento al requisito esencial para que se haga efectiva la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta. Razón por la cual, en un período corto de tiempo, contado a partir del fallecimiento del fideicomitente, no solo se sabrá si se cumple o no la condición sino que culminará la administración provisional de los bienes hereditarios objeto del fideicomiso especial.

Mientras, los otros dos supuestos, a nuestro parecer menos defendibles, generan un mayor grado de incertidumbre, en la medida en que se pretende sujetar la validez de la sustitución fideicomisaria excepcional a la mera expectativa de que en el futuro alguno de los hijos o descendientes pudiera resultar incapacitado. Provocando ello que los bienes representativos de la porción legitimaria de los fideicomisarios no incapaces, sobre los que recae el esquema fideicomisario especial, estén sujetos a condición suspensiva y, por ende, en administración durante la vida del nombrado como fiduciario, porque durante todo ese período se estaría expectante de si a este se le declara incapacitado o no. En esa larga e imprecisa espera, los colegitimarios no podrán disfrutar de los bienes que integran su porción legal, lo que para ellos implica una mayor afectación, no contemplada por la norma, en el caso de que, como pudiera también ocurrir, el fiduciario no sea declarado incapacitado. Limitación que, por otra parte, no redundara, en ninguna medida, en beneficio para el fiduciario que posiblemente pudiera convertirse en incapacitado, sino que para este, igualmente, resultara en que no podrá beneficiarse de los bienes fideicomitidos para satisfacer sus necesidades vitales, lo que, precisamente, era el motivo por el que el legislador decidió excepcionar el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima con esta particular institución sucesoria fideicomisaria. Además de que esa indeterminada espera traería innumerables inconvenientes para los legitimarios e incluso es posible que también para los bienes fideicomitidos. En definitiva, que la figura de la administración de la herencia, cuando los herederos son legitimarios, en particular, no está pensada para periodos tan largos, sino para el caso, por ejemplo, de que exista un *nasciturus*.

No podemos olvidar que la aplicación del fideicomiso especial depende de que alguno de los descendientes legitimarios esté incapacitado y no de la expectativa de ello. Tampoco que el mismo constituye una excepción a la regla general de que la legítima es intocable. Lo que permite el art. 813.2 del CC es que sobre la legítima estricta se pueda imponer una sustitución fideicomisaria para favorecer al incapaz. Esta particularidad no se extiende a que

esta se constituya con carácter condicional, mucho menos si su efecto, opuesto al propósito de la norma, no sería beneficioso para el fiduciario, sino, más bien, todo lo contrario, y generaría una afectación excesiva e injustificada en los fideicomisarios. La declaración de incapacidad del fiduciario no es un hecho futuro e incierto al que está sujeta la eficacia del esquema fideicomisario excepcional. Es un requisito legal que debe cumplirse antes de la apertura de la sucesión, o al menos haberse promovido ante los tribunales previo a este acontecimiento. Tengamos presente que la imposición de una condición sobre la legítima está prohibida por el art. 813.2 del CC.

Además de ser incapacitado, un sector mayoritario de la doctrina<sup>1057</sup>, con el que coincidimos, entiende que el descendiente debe tener la cualidad de legitimario del testador para poder ser beneficiario de la sustitución fideicomisaria que recae sobre la legítima estricta. Criterio que se ha fundamentado en diversas consideraciones.<sup>1058</sup> Por un lado, se

---

<sup>1057</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., «El Gravamen con una Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado de la Legítima Estricta de los Demás Descendientes», *op. cit.*, pág. 42, «A Vueltas con la Sustitución Fideicomisaria que Grava a Favor de un Descendiente Incapacitado. La Legítima Estricta de los Demás», en *R.R.A.J.L.*, núm. 37, 2007, pág. 173. Véase, además, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 136, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, págs. 781 y 782; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 6 -7; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1477 – 1478; RIPOLL SOLER, A., «La Sustitución Fideicomisaria del Nuevo Artículo 808 C.C. Fideicomiso de Residuo», *op. cit.*, pág. 825; TORRES GARCÍA, T. F., «El Hijo Incapacitado como Sucesor Universal», en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, (dir.) J. Pérez De Vargas Muñoz, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pág. 718; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 420, «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 90; MORENO FLÓREZ, R. M<sup>a</sup>, «La Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», *op. cit.*, pág. 1011; SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, pág. 114, *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 447 y 457 – 458; SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I*, *op. cit.*, pág. 1030; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 188; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 880 – 881, 885 y nota 71, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 275 - 276 y 279 y nota 24, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 8 y 10 y nota 23, modificando así el criterio manifestado en su artículo «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1057, donde sus expresiones, al comentar acerca de la recuperación de la capacidad del fiduciario como una de las causas para que cese el fideicomiso, podrían dar la impresión de que pensaba que el fiduciario podía ser también un descendiente no legitimario. En concreto, la autora expresó: «Si el incapaz no era hijo del testador sino descendiente, al desaparecer el fideicomiso vuelve la legítima estricta a su plena naturaleza, por que los que la reciben no es tanto por ser fideicomisario sino legitimarios gravados con el fideicomiso, **así que si vive el progenitor del descendiente será éste y no aquél quien haga suya la cuota de legítima estricta que le corresponda**». (Énfasis suplido). Una percepción similar sobre lo expuesto, la tuvo ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 138, nota 43.

<sup>1058</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., «El Gravamen con una Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado de la Legítima Estricta de los Demás Descendientes», *op. cit.*, págs. 42 – 43, «A Vueltas con la

entiende que sería contradictorio que la alusión que se hace a los descendientes en el cuarto apartado del art. 808 del CC no se refiriera específicamente a aquellos que fueran legitimarios, a pesar de que los dos primeros párrafos de este precepto se prescriben en relación con las personas que tienen derecho a legítima. Máxime cuando en el propio art. 808.4 del CC se utiliza la expresión «coherederos forzosos» para referirse a aquellos que serán los fideicomisarios y que sugiere, a la vez, que estos juntamente con los fiduciarios forman parte de esta categoría. Es decir, en este precepto se contempla que solo entre los «coherederos forzosos», fiduciarios y fideicomisarios, se podrá materializar el gravamen sobre la legítima corta. Término que, correctamente, se ha asimilado a colegitimarios para afirmar que bajo esta clasificación se agrupan tanto los fideicomisarios como los fiduciarios. En otras palabras, los unos respecto a los otros son colegitimarios entre sí. Particularidad que pone en cuestionamiento el planteamiento de que entre los descendientes fiduciarios pueda incluirse a aquel que no sea legitimario.

Por otro lado, se considera que los hijos y nietos o descendientes ulteriores que tengan la condición de legitimarios, a causa de que su progenitor premurió al testador, fuera indigno o hubiese sido desheredado por este<sup>1059</sup>, son los únicos que se pueden beneficiar de la legítima estricta o de un gravamen sobre esta. Apreciación que, claramente, se sostiene en los arts. 932 y 934 del CC, que establecen que los hijos del causante lo heredan siempre por «derecho propio» y sus nietos y descendientes ulteriores, al coincidir con alguno de estos, podrán heredarle por «derecho de representación», según se hace constar, además, en los arts. 761, 814, 924, 929 y 933 del CC. Otra posibilidad sería que ninguno de los descendientes más próximos en grado pudiera heredar al difunto, convirtiéndose así los ulteriores, nietos o bisnietos, en legitimarios.

Se entiende que como el art. 808.4 del CC constituye un gravamen especial que recae sobre el primer tercio de la herencia y no una mejora que la grava, solo los hijos y

---

Sustitución Fideicomisaria que Grava a Favor de un Descendiente Incapacitado. La Legítima Estricta de los Demás», *op. cit.*, pág. 173.

<sup>1059</sup> Es importante aclarar que en la sucesión testada el derecho de representación se materializa exclusivamente en la línea descendiente y que su aplicabilidad está sujeta a los casos en que el padre o la madre del representante hubiera fallecido antes que el causante o fuera incapaz de heredar por indignidad. Mientras, en la sucesión intestada tal institución sucesoria puede ser funcional tanto en la línea descendiente como en el orden colateral, aunque, dentro de este, solo respecto a los hermanos y los sobrinos. Además de que, más allá de los casos de premoriencia o indignidad del representado, el derecho de representación puede activarse ante la desheredación, conforme se dispone en los arts. 857 y 929 del CC. Incluso, se ha llegado a afirmar que, tanto en la sucesión testada como en la intestada, la representación puede darse, aunque no se indique en el art. 929 del CC, en caso de ausencia, acorde a lo dispuesto en los arts. 190 y 191 del CC. Véase: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, págs. 72 y 74, *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 11ª edición, revisada y puesta al día, conforme a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, por S. Díaz Alabart, Madrid, 2015, págs. 72 y 74.

descendientes legitimarios podrán resultar gravados y beneficiados del mismo, siempre que respecto a este última circunstancia, además, sean incapacitados. Los descendientes no legitimarios ni tienen derecho a la legítima ni mucho menos pueden beneficiarse de un gravamen sobre la legítima estricta de otros. Estos solo pueden ser mejorados con el segundo o tercer tercio de la herencia. Si el legislador hubiese querido que el descendiente incapacitado se tratara también de los no legitimarios, lo hubiera especificado de forma expresa e indubitada en el mencionado precepto. De manera que solo los descendientes legitimarios e incapacitados podrán ser nombrados por el testador como fiduciarios de la porción de la legítima estricta correspondiente a los demás legitimarios.

Sobre este asunto, algún autor<sup>1060</sup> ha puntualizado que para que tenga sentido este gravamen especial que el legislador autorizó sobre la legítima estricta, los fiduciarios y fideicomisarios deben ser descendientes legitimarios del mismo grado, lo que, claramente, también puede suceder si el llamamiento se efectúa mediante el derecho de representación, o, incluso, de diferente, siempre que el de grado más próximo fuera el heredero forzoso incapaz beneficiado con el fideicomiso excepcional. Conclusión a la que llega, luego de reflexionar, precisamente, sobre la posibilidad de que un nieto legítimo, a causa de la premoriencia, indignidad o desheredación de su padre o madre, perciba de su abuelo no solo la legítima, por virtud del derecho de representación, sino, además, el resto del primer tercio de la herencia, sometidos al gravamen de la sustitución fideicomisaria especial.

Para este autor, la circunstancia más acorde con la figura jurídica del fideicomiso especial sería que el primer llamado fuera sustituido por otra persona perteneciente a un grado posterior dentro de su línea descendente. Le parece un sin sentido que se utilice esta institución sucesoria cuando el fiduciario y los fideicomisarios corresponden a la misma generación, máxime cuando con la atribución se pretende satisfacer la porción legítima. Más ilógico aún que exista una brecha de edad muy grande entre el fiduciario incapaz y los fideicomisarios no incapaces, que aunque pudiera, en alguna ocasión puntual, suscitarse entre hermanos, sería más frecuente si se tratara de descendientes legitimarios de distintos grados, porque esta realidad haría puramente ilusoria que estos últimos pudieran percibir y disfrutar de los bienes fideicomitados.<sup>1061</sup>

---

<sup>1060</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 138 - 139, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, pág. 782.

<sup>1061</sup> En sentido parecido: Véase: DÍAZ ALABART, S., «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1058, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 897, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso,



Contrariamente, otro grupo de autores considera que también puede ser fiduciario un descendiente que no es legitimario. Por ejemplo, el caso de un nieto incapacitado designado como fiduciario, a pesar de que su padre, e hijo del causante, está vivo y legalmente capacitado para heredar y aceptar la porción legal que le correspondería en la herencia de su ascendiente. Se ha entendido que como el efecto práctico de la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta implica una mejora para el incapacitado, a la frase «los hijos o descendientes» a la que en el art. 808.4 del CC se le adscribe la clasificación de fiduciarios, y su reiteración en los arts. 782 y 813.2 del CC, debe dársele el mismo sentido que el que la doctrina le ha atribuido a otros preceptos, como el art. 808.2 y, en particular, al 823 del CC, que forman parte de la regulación de este segundo tercio de la herencia, en el sentido de que un nieto puede ser objeto de mejora aun viviendo su padre o madre. Más concretamente, se refieren a que dentro de la aludida expresión se deben considerar incluidos los hijos, los nietos, bisnietos y demás descendientes del testador, sin que sea necesario que las generaciones intermedias hubieran premuerto o fueran incapaces de suceder. Estimación que consideran se hizo más patente cuando a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en el art. 808.2 del CC se sustituyó, precisamente, la frase «hijos y descendientes» por la vigente «hijos o descendientes».<sup>1062</sup>

Partiendo de la premisa de que el propósito del fideicomiso excepcional es mejorar provisionalmente a «los hijos o descendientes» incapacitados, se deduce que la delimitación subjetiva de los favorecidos con el gravamen fideicomisario se debe ajustar en función de quienes pueden ser mejorados, es decir, los descendientes, en general, sean legitimarios o no, y no en la de aquellos que tienen que padecerla, «los hijos y descendientes», por ser

---

Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 292, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 19.

<sup>1062</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 72 – 73 y 81, «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados: Algunos de los Problemas que Plantea», *op. cit.*, págs. 254 – 255 y 258; NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 144; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 7, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 151 y nota 5. Por su parte, FUENTESECA DEGENEFFE, C., «Aspectos Sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», *op. cit.*, págs. 1746 – 1747, 1748 y 1756 - 1757, aunque está en contra de la admisibilidad del gravamen fideicomisario sobre la legítima estricta, al analizar el estatuto e incluso compararlo, en cuanto a su ámbito subjetivo, con el art. 822 del CC, opina que, además de un hijo, un nieto sin ser legitimario puede ser fiduciario en la sustitución fideicomisaria especial, mientras únicamente podrán ser beneficiarios del derecho de habitación los que sean legitimarios. Véase, además, COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, págs. 364 y 366; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 125 y 135; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, págs. 2004 y 2005, «Comentario al Art. 808», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, *op. cit.*, págs. 5860 y 5861.

legitimarios.<sup>1063</sup> Bajo parecida línea argumentativa, con la cual no coincidimos, se ha sostenido que se excepcionó el principio de intangibilidad de la legítima para beneficiar a todos los descendientes incapacitados, fueran o no legitimarios. Con la idea de que la porción legitimaria de los hermanos o tíos no constituyera un impedimento al logro de la finalidad perseguida por la LPPPD, de que se proveyera mayor protección a los discapacitados, en general, y a los incapacitados, respecto al supuesto de la sustitución fideicomisaria especial. Criterio que se ha fundamentado, por un lado, en el hecho de que el CC utilizó una conjunción disyuntiva al clasificar a «los hijos o descendientes» como fiduciarios. Y, por otro lado, en que se nombró como fideicomisarios a los coherederos forzosos, calificativo que se entiende se utiliza respecto a la relación jurídica generada entre ellos y no en cuanto a la que se manifiesta entre estos y el fiduciario.<sup>1064</sup> Añadiéndose que, igual que la norma, sin tener que hacerlo, permitió que se mejorara al nieto en vida de su padre o madre, es la propia Ley la que viabiliza que al descendiente no legitimario incapaz se le atribuya como fiduciario la porción legal de los legitimarios.<sup>1065</sup>

Incluso, alguna autora<sup>1066</sup> ha expresado que como resultado del ejercicio de la facultad de instituir un fideicomiso especial, el fideicomitente puede dejarle, prácticamente, todo su patrimonio hereditario, además de a sus hijos, a su nieto, bisnieto o ulteriores descendientes, viviendo los intermedios. Más aún, ha llegado a plantear, análisis con el que no estamos de acuerdo, que con este acto se convierte en legitimario a los nietos, a pesar de que sus padres están vivos y tienen capacidad para suceder. Lo que entiende implica una alteración radical del sistema legitimario, mediante el cual, igual que en la sucesión intestada, aplica la regla de proximidad de grados, que se fundamenta en que el pariente más próximo excluye al más remoto.

De las dos tendencias doctrinales comentadas, nos inclinamos por la mayoritaria que afirma que los únicos beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial son los

---

<sup>1063</sup> NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 144.

<sup>1064</sup> MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «“Quo Legitima Tangitur”: La Intangibilidad Cualitativa de la Legítima», *op. cit.*, pág. 73 y nota 129. Con un criterio parecido, puede verse: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 73 – 74, «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados: Algunos de los Problemas que Plantea», *op. cit.*, págs. 255 – 256.

<sup>1065</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 75 – 76, «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados: Algunos de los Problemas que Plantea», *op. cit.*, pág. 259.

<sup>1066</sup> PEREÑA VICENTE, M., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima ¿Piedra Angular del Sistema de Protección de los Incapacitados?», *op. cit.*, pág. 693, *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 123.

descendientes legitimarios del ascendiente causante. Es cierto que en el art. 808.4 del CC se designa como fiduciarios a «los hijos o descendientes» incapacitados, expresión que se reitera en los arts. 782 y 813.2 del CC. Igualmente, es correcto que en dicha frase, la letra «o» se está utilizando como una conjunción disyuntiva. Sin embargo, es nuestro parecer que el legislador no está usando este tipo de conjunción coordinante para expresar alternativa entre dos opciones distintas, que sería una de sus finalidades, sino más bien para manifestar equivalencia entre ellas.<sup>1067</sup> Es decir, la expresión «hijos o descendientes» no implica una distinción, alternativa y excluyente, en cuanto a que los fiduciarios serán los hijos o descendientes no legitimarios. Ambos términos no se están utilizando para significar una cosa contraria. Más bien es que el objetivo legislativo detrás de la conjunción «o» es enunciar que ambas palabras son equivalentes o, lo que es lo mismo, semejantes. En otras palabras, que la frase «los hijos o descendientes» significa que solamente los descendientes legitimarios podrán ser fiduciarios.

Abona a esta conclusión que la sustitución fideicomisaria recae sobre la legítima estricta. Tercio que por derecho le corresponde exclusivamente a los descendientes legitimarios. Siendo así, solo ellos podrán ser los beneficiarios de esta modalidad de gravamen fideicomisario. Es verdad que el efecto práctico del fideicomiso especial es una mejora indirecta y provisional a favor del incapacitado. No obstante, tal realidad no desvirtúa la estructura y naturaleza del sistema de legítimas y concretamente su orden de prelación sucesorio, que se basa en que los de grado más cercano serán los que podrán suceder al causante. Significa que viviendo los hijos del testador y siendo capaces para heredar, serán ellos los que tendrán derecho tanto a la porción legitimaria como al beneficio que surja como resultado de la afectación del primer tercio de la herencia del causante.

Además, en el art. 808.4 del CC se clasifica como fideicomisarios a los coherederos forzosos. Calificativo equivalente a colegitimarios, que debe ser analizado en el contexto general del supuesto objeto de estudio, es decir, en cuanto a la relación jurídica que se manifiesta entre los fideicomisarios no incapaces y el fiduciario incapaz. Implica que todos los fideicomisarios serán colegitimarios respecto al fiduciario incapacitado. De manera que si los gravados con el fideicomiso especial son colegitimarios de los beneficiarios del gravamen y como tales se designaron a «los hijos o descendientes», por lógica el homólogo de esta expresión debe ser los descendientes legitimarios. Sería incoherente hablar de

---

<sup>1067</sup> Real Academia Española, Diccionario Panhispánico de Dudas, *op. cit.*, [www.lema.rae.es/dpd/?key=o](http://www.lema.rae.es/dpd/?key=o), última consulta el 30 de abril de 2018.

fideicomisarios colegitimarios, si no fueran legitimarios también los descendientes incapacitados nombrados como fiduciarios.

Por último, en cierta forma coincidimos con el criterio del autor que, como previamente discutido, señala que el fideicomiso especial tendría mayor sentido si solo pudiera aplicarse cuando tanto el fiduciario incapaz como los fideicomisarios no incapaces fueran descendientes legitimarios del mismo grado o, mejor aún, que el beneficiario fuera de grado más próximo al causante que el gravado, dentro de la línea sucesoria descendente. Ya que de otra manera sería más improbable que el afectado pudiera tener la ocasión de disfrutar de los bienes que integran su porción legitimaria. A pesar de ello, nos parece que ante la regulación y finalidad legislativa definida para esta figura sucesoria especial, por diversas razones, sería inviable la aplicación de esta limitación. De una parte, su efecto no sería cónsono con el objetivo de la LPPPD de proveer mayores herramientas para proteger patrimonialmente a los discapacitados, en general, y a los incapacitados, a través del mecanismo sucesorio específico del fideicomiso especial. En la medida en que muchos testadores se verían privados de utilizar el esquema fideicomisario excepcional en beneficio de sus descendientes legitimarios incapacitados porque su línea descendente no cumple con ese requisito generacional. Si el legislador hubiese querido establecer tal salvedad al ejercicio de la facultad de instituir la sustitución fideicomisaria lo hubiera dispuesto expresamente y no lo hizo.

De otra parte, lo cierto es que la posibilidad de no disfrutar de los bienes hereditarios puede darse también en el supuesto contemplado por el autor, aunque se acepta que debería ser la excepción y no la norma, porque la muerte es un suceso fortuito que si bien está atado, de cierta forma, a la edad, no es un resultado exclusivo de dicho factor, sino más bien una consecuencia inevitable de estar vivo. Incluso, el que un sucesor no disfrute del patrimonio hereditario puede ocurrir igualmente en un proceso sucesorio ordinario, del que no sea parte una cláusula testamentaria estableciendo una sustitución fideicomisaria excepcional. Es cierto que en el caso particular del fideicomiso especial el resultado podría ser que el fideicomisario no incapacitado no disfrute de los bienes que componen su porción legitimaria. Pero aun en este extremo, nos parece que no se trasgrede el derecho constitucional a la herencia, contenido en el art. 33 de la CE de 1978, porque la aplicación de esta modalidad de sustitución fideicomisaria cumple con respetar los tres elementos de su contenido esencial. Puesto que se mantiene, e, incluso, se amplía, la libertad dispositiva del causante al brindarle la opción de instituir un gravamen fideicomisario sobre el tercio de legítima estricta. Actuación que se vislumbra que tendrá un efecto positivo en el ámbito social porque le confiere mayores posibilidades económicas al descendiente legitimario

incapaz para satisfacer sus necesidades de vida. Y, finalmente, se cumple con el derecho a suceder de los descendientes legitimarios no incapaces, en la medida en que, efectivamente, adquieren su derecho a la legítima, a la muerte del ascendiente causante, razón por la cual, a su fallecimiento, el mismo podrá ser heredado por sus propios legitimarios. Con la salvedad de que, al estar sujeto a un aplazamiento temporal en su uso, pudiera ser, que no necesariamente siempre será así, que quienes terminen disfrutando de los bienes hereditarios sean sus propios sucesores.

### 3. Fideicomisario

Del texto del art. 808.4 del CC surge que los fideicomisarios deberán ser los hijos o descendientes no incapacitados del causante.<sup>1068</sup> De ninguna forma podrán ser aquellos que de este grupo parental hayan sido incapacitados judicialmente, puesto que estos, como se ha discutido previamente, solo podrán ser fiduciarios o, de no ser nombrados como tales o en el supuesto de designación sucesiva de fiduciarios, deberán recibir su parte en la legítima estricta sin gravamen, condición o término alguno. Los hijos o descendientes no incapacitados son los que tendrán que soportar el gravamen de una sustitución fideicomisaria especial constituida por el testador, e incluso por el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC, si, como argumentamos anteriormente, fue autorizado expresamente por él para ello, sobre la totalidad o una parte de su derecho legítimo en el primer tercio de la herencia, en beneficio de un hijo o descendiente legítimo incapacitado judicialmente. Gravamen que deberán soportar por igual cada uno de los fideicomisarios no incapacitados, de ser más de uno, según se puede deducir del contenido del art. 808.4 del CC.<sup>1069</sup>

Significa que ante la decisión del testador de establecer la sustitución fideicomisaria especial, los descendientes no favorecidos con la misma tendrán que, como única opción, asumir la condición de fideicomisarios y, por tanto, sufrir el gravamen que pesa sobre su porción legítima. No podrán contar con la alternativa de ejercer la facultad de conmutación, ni siquiera respecto al cónyuge supérstite, y mucho menos en cuanto a los

---

<sup>1068</sup> Implica que en la sustitución fideicomisaria especial de España, los fideicomisarios no pueden ser seleccionados por el testador, sino que están prefijados por la norma que regula esta institución. Contrario a la sustitución fideicomisaria asistencial de Italia, en la que el nombramiento de los fideicomisarios depende exclusivamente de la voluntad del ascendiente fideicomitente. Pudiendo este designar como tal a la persona que entienda más conveniente para el cuidado del fiduciario incapacitado por causa de sufrir una enfermedad mental. Incluso, pudiera tratarse de una institución que, precisamente, tenga el fin social de cuidar a personas necesitadas de protección. BOTELLO HERMOSA, P. I., «La Sustitución Fideicomisaria como Medio de Protección de los Tutelados en Italia, y de los Incapacitados en Italia», *op. cit.*, págs. 7 y 8.

<sup>1069</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 81 – 82.

fiduciarios incapaces, porque carecen de ella. Contrario al supuesto del usufructo viudal, otra potencial excepción, aunque enteramente legal porque su constitución no precisa de la libre decisión del causante, según se desprende de los arts. 807.3, 834, 837 y 838 del CC, al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, si esta se hace extensiva al segundo tercio de la herencia, en el que los herederos sí pueden optar por conmutar ese derecho, según se dispone en el art. 839 del CC, en vez de tener que soportar dicho gravamen.<sup>1070</sup> Como resultado de que el legislador omitió armonizar el régimen del fideicomiso especial con las normas legales previstas para la satisfacción del usufructo del cónyuge viudo. A pesar de ello, algún autor<sup>1071</sup>, a nuestro parecer con buen criterio, sostiene que aunque los fideicomisarios no sean técnicamente herederos hasta que el derecho del fiduciario se extinga, estos deberían intervenir en el proceso decisorio de la conmutación del usufructo viudal. Es su opinión que la responsabilidad de tomar esta decisión no debe recaer exclusivamente en el fiduciario incapacitado, que, además, es muy posible que esté sometido a tutela o curatela, porque la misma incidirá directamente en la consistencia futura del patrimonio hereditario del causante y aún persiste una cuestión relativa a la legítima. Entonces, en este asunto deberán intervenir los fideicomisarios, como «herederos», a pesar de que aún no lo sean en términos prácticos, el cónyuge supérstite y el defensor judicial, en representación del fiduciario incapaz porque habrá conflicto de intereses entre este y su habitual representante, es decir, el viudo.

Es importante destacar, sin embargo, que para los fideicomisarios no incapacitados la institución de la sustitución fideicomisaria excepcional no implica que se les esté privando de su derecho a la legítima, sino más bien significa un aplazamiento en el disfrute de los bienes constitutivos de esta, de los cuales, durante ese periodo de tiempo, será titular el fiduciario incapacitado. De ahí que se entienda, perspectiva con la que coincidimos, que el testador está impedido de someter a condición el derecho del fideicomisario no incapaz a adquirir su porción legitimaria. Por ejemplo, el fideicomitente no podría sujetar dicho derecho a la condición de que el fideicomisario cuidara y atendiera adecuadamente al fiduciario incapacitado, durante el tiempo en que este viviera, estableciendo que de no cumplir con tal cometido, los bienes fideicomitidos permanecerían en poder de este último, sus herederos o de quien hubiera previsto el testador. Concretamente, se niega la posibilidad de que se

---

<sup>1070</sup> TORRES GARCÍA, T. F., «Legítima, Legitimarios y Libertad de Testar (Síntesis de un Sistema)», *op. cit.*, pág. 177; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 96.

<sup>1071</sup> Véase: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 141, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, pág. 783.

condicione el efecto propio del fideicomiso especial, que es que los bienes fideicomitados, comprendidos en el primer tercio de la herencia del causante, sean conservados y transmitidos a los fideicomisarios, conforme se dispone en el art. 781 del CC.<sup>1072</sup>

La razón es muy sencilla, para el fideicomisario no incapacitado el incumplimiento de la condición resultaría en la privación de su derecho a la legítima. Consecuencia que no es cónsona con la finalidad de la LPPPD, que si bien persigue beneficiar al fiduciario incapaz con la constitución de una sustitución fideicomisaria especial, no pretende con ello despojar a los fideicomisarios, o sus herederos, de su parte en la legítima estricta, en otras palabras, desheredarlos, lo que igualmente transgrediría el espíritu del art. 848 del CC que dispone que

---

<sup>1072</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 195 – 196, entendiendo, no obstante, posición con la que coincidimos, que sí sería posible, por no constituir un gravamen, una limitación u obligación alguna sobre los legitimarios implicados en el fideicomiso especial, que se impusiera una condición al nacimiento o extinción de la sustitución fideicomisaria excepcional. A modo de ejemplo, destaca: «[...] creo que nada obsta a que el testador condicione la existencia del fideicomiso, a que, a su fallecimiento, vivan todos los hijos que en la actualidad tiene o a que condicione su subsistencia a que el fiduciario permanezca soltero o a que no obtenga una pensión equivalente al salario mínimo interprofesional. En la dirección de condicionar su nacimiento puede tener utilidad que el testador lo incluya como contenido de una especial cautela socini como pueda ser si instituye herederos a todos sus hijos por partes iguales con el modo o carga de atender y cuidar al incapacitado, estableciendo, para el caso de que alguno no aceptase este gravamen, que su parte en el tercio de mejora y libre disposición acrecería a los que lo hubieren aceptado y su parte en el tercio de legítima estricta quedaría gravada con la sustitución legitimaria que contempla el 808 (fiduciario el incapacitado y fideicomisario o fideicomisarios el hijo o los hijos que no hubieren aceptado el modo o carga)». Véase, además, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 47 y 95, que, siguiendo a LEÑA FERNÁNDEZ, también apoya la posibilidad de que la extinción o el nacimiento del fideicomiso especial se sometan a condición. Siempre que esta sea resolutoria, cuya actuación se deberá efectuar dentro de un plazo que no podrá exceder de la fecha de la muerte del fiduciario incapaz, o, incluso, suspensiva, enfatizando en que esta última modalidad deberá cumplirse antes de la apertura de la sucesión o en el mismo instante de esta y nunca después de la muerte del ascendiente causante porque, de lo contrario, los fideicomisarios sufrirían un aplazamiento en el disfrute de los bienes constitutivos de su derecho legitimario no por virtud de la titularidad temporal que sobre estos tenga el fiduciario incapaz, que es, efectivamente, el gravamen que permite la norma, sino como resultado de la espera de que se produzca el evento al que el testador sujeto el nacimiento de la sustitución fideicomisaria especial, afectación que no está autorizada por la Ley. También, GORKA GALICIA A., «Artículo 782 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 5728, siguiendo una parte del análisis de ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 134, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, pág. 780, favorece que se condicione el fin del fideicomiso especial si el propósito es beneficiar al fideicomisario no incapaz y no perjudicarlo. En lo pertinente, específicamente, este autor manifiesta: «Incluso parece admisible que el testador, en ejercicio de la posibilidad que le brindan los arts. 782 y 808.[IV], module la duración de la sustitución en beneficio de los fideicomisarios sometiéndola [...] a una condición resolutoria que conduzca a su desaparición con anterioridad al recobro de la plena capacidad por parte de aquél [...]». Igualmente, RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 6, y RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1484, piensan que el derecho legitimario del fideicomisario no incapacitado no está sujeto a condición alguna en el fideicomiso especial. Por su parte, BOTELLO HERMOSA, P. I., «La Sustitución Fideicomisaria como Medio de Protección de los Tutelados en Italia, y de los Incapacitados en Italia», *op. cit.*, págs. 152 – 154, está en contra de que se establezca una sustitución fideicomisaria especial condicional porque, en base al art. 759 del CC, ello resultaría en que si el fideicomisario fallece antes de que se cumpla la condición que le impuso el fideicomitente, y sin importar que le hubiera sobrevivido, este no podría transmitir a sus herederos lo que por legítima le correspondía en la herencia de su ascendiente causante.

«[l]a desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley», que están enumeradas en los arts. 756 y 852 – 855 del CC.<sup>1073</sup> Puesto que la permisibilidad del gravamen sobre la legítima estricta no resulta ser tan significativo como para defraudar el derecho que tiene el fideicomisario no incapaz a una porción sobre la misma. Máxime cuando, a pesar de tal afectación, persiste la naturaleza de la legítima, que exige que el primer tercio de la herencia sea distribuido equitativamente entre los hijos del causante y, a falta de ellos, entre sus descendientes.<sup>1074</sup> Además de que supondría la

---

<sup>1073</sup> Sobre este particular, apuntamos que el TS hizo extensivo el concepto de maltrato de obra, una de las causas para poder desheredar a los hijos y descendientes, al maltrato psicológico. La lógica de su determinación se desvela de las siguientes expresiones: «[...] aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen. [...] [E]n orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación [...], hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra [...]. [...] [E]n este sentido, la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciados, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o un núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE (RCL 1978, 2836)) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004». Véase: STS núm. 258 de 3 de junio de 2014, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2014/3900); STS núm. 59 de 30 de enero de 2015, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2015/639).

<sup>1074</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1050 y nota 12, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 882 y nota 76, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 277 – 278 y nota 29, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 9, nota 28, aunque las expresiones se realizaron en relación con la imposibilidad de que el fideicomiso especial fuera de residuo, porque la disposición de los bienes fideicomitidos por el fiduciario incapaz provocaría su inexistencia y, por ende, su intransmisibilidad a los fideicomisarios no incapaces, resultan igualmente aplicable para fundamentar la inadmisión de una sustitución fideicomisaria especial condicional. Debido a que en ambos casos el efecto sería el mismo, la privación del derecho a la legítima de los fideicomisarios no incapaces. A pesar de ello, esta respetada estudiosa afirma que dependiendo de la forma que en la práctica se establezca el fideicomiso especial, su constitución más que gravar la porción legitimaria de los fideicomisarios no incapaces podría resultar en la privación de este derecho. Por ejemplo, menciona que el fideicomitente podría constituir una sustitución fideicomisaria excepcional en la que se autorice al fiduciario a detraer la cuarta trebeliánica o a disponer de algunos bienes fideicomitidos, en caso de absoluta necesidad, posibilidad esta última que entiende tiene cabida a través del segundo párrafo del art. 783. Añadiendo que ya sea que el fiduciario incapaz, de ordinario, pertenezca a la misma generación que sus hermanos o a una posterior por tratarse de los nietos legitimarios del causante, lo cierto es que la constitución de la sustitución fideicomisaria especial podría resultar no solo en el gravamen de la legítima del fideicomisario, sino en la privación de su derecho legal, es decir, en su desheredación, a causa de premorir al incapaz. Siendo, entonces, los herederos del fideicomisario los que efectivamente percibirán los bienes fideicomitidos. Véase: DÍAZ ALABART, S., «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, págs. 1048, 1057 y 1058, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 897 y 881, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación»,



violación de la vertiente cuantitativa y cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima, que se encuentran reguladas, respectivamente, en los arts. 813.1, conjuntamente con el 815 del CC, y en el apartado segundo del art. 813 del CC.

Es cierto que la sustitución fideicomisaria excepcional representa, precisamente, una excepción al principio de intangibilidad cualitativa, en la medida que permite que se exceptúe la regla general de no «gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie» sobre la legítima, contenida en el art. 813.2 del CC. Sin embargo, también es verdad que dicha excepción no se hizo extensiva al supuesto de imponer una condición sobre el derecho legitimario del fideicomisario no incapacitado. La posibilidad de que el testador pueda establecer un fideicomiso especial constituye una excepción a la prohibición de imponer sustituciones de cualquiera especie sobre la legítima, pero no a la de poner condiciones sobre esta, que se mantiene intacta. Siendo así que la legítima estricta solo puede someterse a una sustitución fideicomisaria excepcional y no a una condición, que está excluida taxativamente. Por tanto, se deberá entender nula y considerarse como no puesta, cualquier condición que, como parte del fideicomiso especial, el fideicomitente imponga sobre el llamamiento del fideicomisario no incapacitado, en la medida en que la misma termine siendo un condicionamiento sobre la porción legitimaria de este. En definitiva, la sustitución fideicomisaria especial no tiene otra naturaleza que la regulada estrictamente en los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC, es decir, no puede implicar, de ninguna manera, un fideicomiso condicional.<sup>1075</sup>

Enfatizamos en que los descendientes no incapacitados solo podrán ser llamados como fideicomisarios porque, al contrario que en la sustitución fideicomisaria ordinaria, en el fideicomiso excepcional, una vez se produce la delación hereditaria, no podrán, si son varios, ser sustitutos sucesivos entre sí, ni conjuntamente, ni de manera gradual, es decir, están

---

*op. cit.*, pág. 292, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 19. En contra de estas últimas expresiones, NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, págs. 157 – 158, nota 80, ha argumentado, postura con la que coincidimos, lo siguiente: «Considerar que, en caso de fallecer antes que el fiduciario incapacitado, los fideicomisarios se habrán visto privados de la legítima y no sólo gravados en ella [...] resulta a mi juicio excesivo pues, de ser cierto, nada tendrían que transmitir a sus propios herederos, lo que se ve desmentido por el artículo 784 CC. Lo que sí es cierto es que se habrán visto privados del disfrute en vida de dichos bienes integrantes de su cuota de legítima estricta».

<sup>1075</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 47 y 95; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 195 y 196, señalando que tampoco cabe, criterio con el que estamos de acuerdo, que sobre el derecho legitimario de los fideicomisarios se imponga un modo o carga porque las únicas dos afectaciones que admite el art. 813.2 del CC son el usufructo viudal y la sustitución fideicomisaria especial. Véase, también, BOTELLO HERMOSA, P. I., «La Sustitución Fideicomisaria como Medio de Protección de los Tutelados en Italia, y de los Incapacitados en Italia», *op. cit.*, págs. 152 – 154; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 458 – 460.

impedidos de asumir el cargo de fiduciarios. Únicamente podrán ser sustitutos directos del incapacitado instituido como fiduciario. Dos razones justifican este criterio. Por un lado, el primer llamado sería de mejor condición que los llamados posteriormente porque no solo recibiría su legítima y la correspondiente a los demás, sino que los subsiguientes percibirían más tarde su porción legal. Y, por otro lado, porque los siguientes llamados estarían soportando el fideicomiso especial sobre su legítima, no en beneficio del descendiente legitimario incapaz, sino a favor de un hijo o descendiente no incapacitado. Circunstancia que no es cónsona con el propósito de la sustitución fideicomisaria especial, que es permitir la afectación de la porción legitimaria de los hijos o descendientes no incapacitados para salvaguardar a los descendientes legitimarios incapacitados del testador, únicos que podrán asumir el puesto de fiduciarios.<sup>1076</sup>

Destacamos, igualmente, que la expresión que el legislador utiliza en el art. 808.4 del CC para establecer que los fideicomisarios deberán ser el resto de «coherederos forzosos» del difunto, no es indicativa de que estos solo pueden ser llamados a título de heredero. Ya que ellos, también, podrían ser llamados a título de legatario. Tampoco significa que el cónyuge viudo del fideicomitente, padre o madre del fiduciario incapaz, pueda ser fideicomisario. De los arts. 782, 808.4 y 813 del CC se desprende que se trata de una sustitución fideicomisaria especial que recae sobre la legítima estricta, porción de la herencia que solo le corresponde a los descendientes y no al cónyuge supérstite ni a los ascendientes del causante.<sup>1077</sup>

Desde nuestro punto de vista, y coincidiendo con un sector de la doctrina, el uso del calificativo «coherederos forzosos», analizado en el contexto de la sustitución fideicomisaria especial y visto en relación con los beneficiarios de la misma, significa que los fideicomisarios son colegitimarios de los descendientes incapacitados fiduciarios, que como hemos argumentado son legitimarios del causante. En otras palabras, el concepto «coherederos forzosos» es sinónimo de «colegitimarios». Recordemos que se trata de un fideicomiso especial sobre la legítima corta, primer tercio del patrimonio hereditario que legalmente tiene como destinatarios predeterminados a los hijos o descendientes legitimarios del causante. Siendo así que todas las personas afectadas por la sustitución fideicomisaria excepcional, fiduciarios y fideicomisarios, deberán ser descendientes legitimarios efectivos del difunto. Se tratará, por tanto, de los hermanos o sobrinos del incapacitado judicialmente

---

<sup>1076</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., pág. 125; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., pág. 82; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», op. cit., pág. 7.

<sup>1077</sup> Véase: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., págs. 81 y 82. Véase, además, RDGRN de 27 de marzo de 1981, *supra*.

con derecho a legítima porque su padre o madre premurió al testador, resultó indigno o fue desheredado por este.<sup>1078</sup>

Como es sabido, en el sistema legitimario del CC, si a la muerte del ascendiente le perviven hijos y descendientes ulteriores con capacidad para heredar, solo los primeros serán sus herederos forzosos. Los nietos, u otros de sus descendientes, no podrán ser los herederos forzosos del causante y, por tanto, tampoco colegitimarios junto con sus padres. Viviendo los hijos, estos excluirán a los nietos del derecho a la legítima. Salvo solo tres supuestos en los que es posible que hijos y nietos sean colegitimarios. Me refiero a las circunstancias en que el padre o la madre: (1) hubiera premuerto al causante, (2) resultara indigno(a) o, exclusivamente en el caso de una sucesión testada, (3) hubiese sido desheredado(a) por él. Así, la condición de legitimario pasaría a los descendientes ulteriores más próximos, por lo que los hijos y el o los nieto(s) del hijo premuerto, indigno o desheredado, serían coherederos forzosos del ascendiente difunto.

Si interpretamos el art. 808.4 dentro de la lógica jurídica del sistema legitimario del Código Civil, del cual indiscutiblemente es parte, y sumamos al análisis la literalidad de dicho precepto, en cuanto a su referencia expresa a los fideicomisarios como «coherederos forzosos», sería obligado concluir que tanto el fiduciario incapaz como el fideicomisario tienen que ser hijos o descendientes legitimarios del difunto. El nieto incapacitado no puede ser fiduciario si su padre vive, convirtiéndose, a su vez, este en fideicomisario. Para que un nieto incapaz sea fiduciario, su padre debe haber premuerto al testador, ser indigno o haber sido desheredado por este. En tales casos, los fideicomisarios serían los colegitimarios, es decir, sus tíos y sus propios hermanos no incapacitados.

---

<sup>1078</sup> A favor de que los fideicomisarios deben ser hijos o descendientes legitimarios del causante, que, a su vez, sean colegitimarios con el fiduciario incapaz, véase: RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 6 – 7; MORENO FLÓREZ, R. M<sup>a</sup>., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», *op. cit.*, pág. 1011; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1477; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 138 – 139 y 140 – 142, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, págs. 777, 779 y 782; TORRES GARCÍA, T. F., «El Hijo Incapacitado como Sucesor Universal», *op. cit.*, pág. 718; SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, pág. 114, *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 447 y 457 – 458; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 420, «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 90. En contra de esta perspectiva se encuentran: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 81; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, pág. 125, ya que entienden, sujetos a su postura de que el fiduciario puede ser un descendiente legitimario o no, que el fideicomisario puede ser legitimario o colegitimario no incapacitado.

A pesar de reconocer lo señalado, cierta autora<sup>1079</sup> insiste en la posibilidad de que un nieto incapacitado del causante pueda ser beneficiario de la sustitución fideicomisaria especial, mientras su padre, como fideicomisario, debe tolerar el gravamen de esta sobre su porción legitimaria. Parecer que fundamenta en tres consideraciones. Primero, que el uso de la expresión «coherederos forzosos», para referirse a los fideicomisarios, resulta ser una más de las tantas imprecisiones del legislador en la LPPPD. Entendiendo que hubiese sido mejor que se catalogara como fideicomisarios a «los demás herederos forzosos». Segundo, que al principio del art. 808.4 del CC se utilice la expresión «cuando alguno de los hijos o descendientes», en vez de haberse dicho «alguno de los herederos forzosos», hace pensar que pueden ser también fiduciarios los descendientes del testador que no sean legitimarios porque su padre viva, no es indigno para heredar ni tampoco fue desheredado por este. Tercero, considera absurdo que, siguiéndose la tesis contraria, sea permisible que el testador pueda imponer una sustitución fideicomisaria sobre la legítima de sus hijos en beneficio del nieto incapaz, cuyo padre, y hermano de los otros legitimarios, premurió al causante, resultó indigno o fue desheredado por él. Y que, en cambio, no pueda hacerlo si uno de los gravados es, precisamente, el padre legitimario del nieto incapacitado favorecido con el fideicomiso excepcional.

Evidentemente, estamos en desacuerdo tanto con la conclusión como con los fundamentos de esta autora, por los argumentos generales previamente elaborados. Nos parece que no hubiera hecho diferencia que se hubiese sustituido la expresión «coherederos forzosos» por la frase «los demás herederos forzosos», puesto que igualmente esta debe ser vista y analizarse tanto en relación con el contenido de todo el apartado cuarto del art. 808 del CC, y específicamente con la precedente designación legislativa como fiduciarios de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados, como con la lógica jurídica del sistema legitimario del CC. El uso del artículo «los» y el adjetivo «demás» seguido del concepto «herederos forzosos», es lo mismo que decir «los otros o los restantes»<sup>1080</sup> legitimarios. Entonces, si los fideicomisarios son «los otros o los restantes» legitimarios, es obligatorio concluir que los fiduciarios también deberán tener esta condición. Y tratándose de una modalidad de sustitución fideicomisaria que recae sobre el primer tercio de la herencia, los

---

<sup>1079</sup> PEREÑA VICENTE, M., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima ¿Piedra Angular del Sistema de Protección de los Incapacitados?», *op. cit.*, págs. 696 - 698, *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, *op. cit.*, págs. 126 – 127.

<sup>1080</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, *op. cit.*, [www.del.rae.es/?id=C8oIUw4](http://www.del.rae.es/?id=C8oIUw4), última consulta el 15 de marzo de 2018.

fideicomisarios igual que los fiduciarios deberán ser los hijos o descendientes legitimarios del causante.

Es sabido que el grupo parental de descendientes es considerado como los legitimarios preferentes, pero dentro de este amplio orden y conforme al principio de proximidad de grado, habiendo dejado hijos el difunto, estos serán sus legitimarios y no sus nietos o descendientes ulteriores. Para que la condición de legitimario pase a los descendientes de ulterior grado, como hemos sostenido, el hijo del testador debe haber fallecido antes que él, ser indigno o haber sido desheredado justamente, según surge de los arts. 761 y 857 del CC. Por tanto, contrario al criterio de la autora, lo que resultaría incongruente sería que se permitiera favorecer a un nieto, cuyo padre e hijo del testador está vivo, no es indigno para heredar, ni fue desheredado, con un gravamen sobre el derecho legitimario de todos los hijos del causante, inclusive el de su progenitor(a). Padre e hijo, de ordinario, no pueden ser a la vez, sin importar el sinónimo que se utilice, «coherederos forzosos», «herederos forzosos», «legitimarios» o «colegitimarios» del difunto. Tal supuesto contradice no solo la literalidad del art. 808.4 del CC, sino, también, el régimen legitimario y, por lo tanto, debe excluirse de la aplicabilidad del fideicomiso excepcional. Por lo mismo, únicamente sería coherente el supuesto en que el testador establece una sustitución fideicomisaria sobre la legítima de sus restantes hijos para favorecer a algún nieto incapacitado que se convirtió en legitimario por razón de la premoriencia, indignidad o desheredación de su padre o madre, hijo o hija, a su vez, del causante.

No nos persuade, tampoco, el planteamiento que realiza la autora en cuanto a que la manera en que el legislador comenzó el párrafo cuarto del art. 808 del CC, «[c]uando alguno de los hijos o descendientes...», hace posible la inferencia de que los beneficiarios del fideicomiso especial pueden ser, además, los descendientes no legitimarios. Insistimos en que no se puede analizar la lógica de una institución jurídica abstrayéndonos de la totalidad del precepto donde se regula, en el que como hemos recalcado se indica que los fideicomisarios serán los hijos o descendientes colegitimarios, condición que lógicamente se extiende también a los fiduciarios incapaces, y limitándonos, por tanto, a una porción reducida del mismo. Se debe analizar el contenido completo del apartado cuarto del art. 808 del CC y, además, hacerlo en relación con la finalidad de la LPPPD, estatuto que provocó esta reforma, y, más aún, con la lógica de esta figura sucesoria dentro del sistema legitimario del CC. Hubiera sido ilógico que el legislador, como sugiere la autora, comenzara el texto del art. 808.4 del CC de la siguiente forma: «Cuando **“alguno de los herederos forzosos”** haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución

fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos». El uso de tal frase hubiera extendido el ámbito subjetivo de la sustitución fideicomisaria especial hasta el cónyuge viudo, lo que no guardaría sentido con el hecho de que este no aparece entre los participantes de la misma, en el subsiguiente texto del art. 808.4 del CC.

De otra parte, es importante resaltar que, según los arts. 784 y 799<sup>1081</sup> del CC y, evidentemente, por la propia naturaleza del régimen legitimario, los descendientes legitimarios fideicomisarios adquieren su derecho a la sucesión desde el momento del fallecimiento del testador y sin importar que hubiera premuerto al, también, descendiente legitimario fiduciario. Circunstancia que ocasionará que su derecho a la herencia fideicomitida se transmita a sus propios herederos.<sup>1082</sup> Todo porque el fideicomisario no incapacitado hereda su derecho a la legítima directamente del causante<sup>1083</sup>, a pesar de que percibe los bienes hereditarios a través de la intervención del fiduciario incapacitado.

La sobrevivencia al testador es el único requisito imprescindible que debe cumplir el fideicomisario para que tal supuesto se manifieste conforme descrito. Ya sea que este exista en el instante de la muerte del testador o, incluso, en un momento posterior, siempre que no se exceda de la fecha de la muerte del fiduciario incapaz, o del plazo dispuesto por el causante para que opere la sustitución, o del suceso de la recuperación de la capacidad por parte del fiduciario. Exceptuándose el caso del supuesto del concebido previo a la apertura de la sucesión, que, de acuerdo a los arts. 29 y 30 del CC, se entenderá nacido para todos los

---

<sup>1081</sup> De la totalidad del texto de este precepto se ha interpretado que se refiere a la imposición de un término y no de una condición, a pesar de que en el mismo inexactamente se menciona expresamente a esta última. ALBALADEJO, GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 11ª edición, *op. cit.*, pág. 280, nota 5. Véase, además, STS de 5 de julio de 1966, Sala Civil, (RJ 1966/3671).

<sup>1082</sup> Véase, también, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 94 – 95; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 190, fundado en el contenido del art. 784 del CC, aclara que por encima del carácter legitimario de la porción gravada debe prevalecer la consideración de que con la imposición del fideicomiso especial el testador no priva al fideicomisario de la nuda propiedad de su porción legitimaria, sino solo de su disfrute, en beneficio del fiduciario incapacitado durante el tiempo en que viva. El fideicomisario adquiere el derecho a su legítima desde la muerte del testador y a pesar de que fallezca antes que el fiduciario. De manera que este derecho de contenido patrimonial, «aunque pudiera considerarse como una expectativa cierta o un *ius ad rem*», se adhiere a su patrimonio hereditario a su muerte, instante en el que será adquirido, con el mismo contenido que tenía, por sus herederos testamentarios o *abintestatos*, sin importar que no hubiera dejado hijos o descendientes legitimarios. En otras palabras, ante el fallecimiento de algún fideicomisario, no serán sus hijos o descendientes legitimarios los que ocuparán su posición en el fideicomiso especial que grava su legítima en la herencia del testador. Tampoco, en el caso de no tener descendientes legitimarios, su parte en la sustitución fideicomisaria excepcional acrecerá a los otros fideicomisarios legitimarios. Serán los herederos testamentarios o *abintestatos* los que adquirirán su parte de legítima gravada fideicomisariamente.

<sup>1083</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 126.

efectos que le sean favorables, siempre que efectivamente nazca, y le resultará aplicable el procedimiento que se dispone en los arts. 959 al 967 del CC, en cuanto a las precauciones que se deben adoptar en caso de que la viuda esté embarazada.<sup>1084</sup>

---

<sup>1084</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., págs. 82 - 83. Dentro de esta última alternativa, esta autora propone la moderna posibilidad de un fideicomisario concebido o implantado *post mortem*. A causa de los avances de la ciencia, en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006, última modificación el 14 de julio de 2015, se ha permitido que una mujer sea fecundada con el material reproductor de un hombre, que pudo o no ser su cónyuge, pareja de hecho o conviviente, luego de que este hubiera muerto. Para que tales prácticas científicas produzcan efectos legales en cuanto a la filiación, matrimonial o extramatrimonial, y a los derechos sucesorios de la persona nacida a través de ellas, que podría llegar a ser heredera o legataria en el patrimonio hereditario del varón difunto, es necesario que se cumpla con una serie de requisitos que se disponen en el art. 9, apartados 1 y 2, del mencionado estatuto. Concretamente, al interpretar el contenido de este precepto, esta autora entendió que una persona que nace mediante la fecundación de gametos del fideicomitente, o de uno de sus hijos o descendientes, puede llegar a ser fideicomisaria en la sustitución fideicomisaria especial, si el material reproductor del varón difunto se encontraba en el útero de la mujer fecundada, cónyuge o no, a la fecha de su muerte o hasta 12 meses después de dicho suceso. No obstante, esta segunda alternativa solo sería viable si el causante la consintió mediante escritura pública, en su testamento o en el documento de instrucciones previas, según se dispone en los arts. 9.2 y 6.3 de la Ley 14/2006. Igualmente, considera que un ser humano nacido como resultado de la técnica de implantación de un preembrión, formado con los gametos de cualquiera de los dos sujetos mencionados y un óvulo de la mujer, puede convertirse en fideicomisario si el mismo ya estaba implantado en el útero de la esposa o pareja, previo consentimiento del marido o compañero fallecido, al momento de la apertura del fideicomiso especial. Incluso, si la implantación se realizó dentro del plazo de 12 meses después de la muerte del varón. Supuesto este último en el que, de acuerdo al art. 9.2 de la Ley 14/2006, se debe presumir el consentimiento del causante para la implantación *post mortem*, «cuando el cónyuge supérstite hubiera sido sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido». La idea de que pueda ser fideicomisario un «no concebido» a la muerte del causante o uno concebido, pero no implantado al momento de dicho acontecimiento, esta autora la fundamenta, entre otras consideraciones, en el contenido del art. 781 del CC. Piensa que si a través de este precepto un máximo de dos «no concebidos» pueden llegar a ser fideicomisarios, más aún lo podría ser uno que se concibió antes de la muerte del causante, mediante las técnicas de reproducción humana asistidas, pero que aún no ha sido implantado. A pesar de ello, reconoce que la posibilidad de que un concebido o implantado *post mortem* pueda llegar a ser un fideicomisario generaría incertidumbre en cuanto al número total de legitimarios y a su parte correspondiente en la legítima, causando, por ende, graves trastornos en la sustitución fideicomisaria especial, que grava, precisamente, la totalidad del derecho legitimario de los descendientes no incapacitados o una parte del mismo, aunque siempre afectando a todos por igual. Más concretamente, acepta que su propuesta puede ocasionar que el *concepturus* o preembrión sea llamado, exclusivamente, como fideicomisario porque toda su legítima fue objeto del gravamen fideicomisario a favor del fiduciario incapacitado o que además de dicho llamamiento se le haga un llamado directo, debido a que solo una parte de su derecho legitimario fue gravada con el fideicomiso excepcional. A lo que se añade la posibilidad de que sean varios los legitimarios no incapacitados designados como fideicomisarios o que el *concepturus* o preembrión sea el único nombrado como tal. En base a ello, sugiere una distinción dual. Si el *concepturus* o el preembrión es llamado directamente a una parte de su legítima, sin importar que sea el único fideicomisario o hubieran más, serán aplicables, entre otras consideraciones, las normas de los arts. 959 al 967 del CC, por lo que la herencia se deberá poner en administración hasta que se produzca o no el nacimiento. De esta forma, las particiones y adjudicaciones se realizarán en el momento en que se tiene certeza, es decir, a la fecha del nacimiento o en la que se tenga la seguridad de que el mismo no se producirá, del número de fideicomisarios. Circunstancia que permitirá definir las respectivas partes que les corresponden inmediatamente y en propiedad a los fideicomisarios y al fiduciario incapaz y aquella que, además, se le debe a este último sujeta al gravamen de restitución. Evitándose, así, tener que realizar particiones y adjudicaciones que, eventualmente, se tendrían que resolver. Contrariamente, si el llamado al o los legitimarios no incapacitados, incluido el *concepturus* o el preembrión, fue exclusivamente como fideicomisarios, el fiduciario incapacitado no tendrá que esperar al instante en que se materialice o no el nacimiento del hipotético gravado para adquirir, una vez aceptada la herencia, los bienes hereditarios. No obstante, es en el momento del nacimiento o el de su no ocurrencia que se determinará si hay o no sustitución fideicomisaria especial, en el caso de que el *concepturus* o preembrión, siendo el único potencial hijo o descendiente legitimario no incapacitado, no llegue a nacer, y que se podría establecer la parte del tercio de legítima estricta que le corresponde sin gravamen al fiduciario incapaz y aquella en la que, por ser varios los

Significa que si alguno de los fideicomisarios no existe al llegar el momento aplicable previamente señalado o premuere al fideicomitente, conforme al art. 758.1 del CC, no nacerá su derecho a la sucesión de este, con el resultado de que su parte aumentará proporcionalmente la cuota correspondiente a los otros herederos forzosos en la legítima estricta, lo que, de acuerdo al art. 985 del CC, tendría lugar no por el derecho de acrecer sino por su derecho propio. Situación que se manifestaría de igual manera, según el art. 982.2 del CC, si el fideicomisario hubiera renunciado a la herencia del testador, fuera indigno o hubiese sido desheredado por este. Este incremento en la legítima será percibido de forma inmediata y sin gravamen por el fiduciario incapaz, mientras en el caso de los restantes fideicomisarios no incapacitados dependerá de si el causante optó por gravar la totalidad de la porción legitimaria que a estos les corresponde en el primer tercio de la herencia o solo una parte de esta. Ante la primera alternativa, el aumento proporcional en su legítima lo recibirán de forma aplazada porque también será objeto del gravamen fideicomisario especial. De darse el segundo contexto, en cambio, la porción acrecida solo será gravada, y por tanto percibida aplazadamente, en la parte proporcional en la que lo estaba su legítima original, mientras la otra podrán recibirla rápidamente y sin afectación alguna. No obstante, si hay un único fideicomisario, que premuere al ascendiente causante, fue desheredado por este, es indigno o renuncia a la herencia, la sustitución fideicomisaria especial no se materializaría y el fiduciario incapacitado quedaría como heredero puro. Todos estos referidos supuestos, sin perjuicio de que, ante la existencia de hijos o descendientes legitimarios del fideicomisario, pudiera resultar aplicable el derecho de representación.<sup>1085</sup>

## B. Ámbito formal

Para poder recurrir al mecanismo sucesorio del fideicomiso especial debemos estar ante una sucesión testada. No puede tratarse de una sucesión intestada, lógicamente, porque la constitución de esta figura jurídica depende de la voluntad del testador, ya sea porque decidió incluir una cláusula testamentaria al respecto o porque autorizó expresamente al cónyuge fiduciario del art. 831 del CC para que la estableciera. De ahí que, esencialmente, sea un

---

fideicomisarios, recaerá el fideicomiso excepcional. (Para un mayor detalle sobre esta tesis y adicionales fundamentos a la misma, pueden verse las págs. 89 – 94).

<sup>1085</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., págs. 83 y 94.



testamento válido el instrumento jurídico apropiado para establecer la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta.<sup>1086</sup>

Apreciación que, en términos generales, se fundamenta en los arts. 667 y 668 del CC, que, en lo pertinente, expresan que mediante testamento el testador puede disponer *mortis causa* de sus bienes, ya sea a título de heredero o legatario, y en el art. 781 del CC, que, de manera un tanto más particular, permite que el testador incluya en su testamento una disposición para que su patrimonio hereditario se distribuya a través de la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria. En correspondencia con ello, precisamente, tanto en la Parte VII (b) de la Exposición de Motivos de la LPPPD como en el art. 808.4 del CC se alude a que el testador puede gravar el primer tercio de su herencia con una sustitución fideicomisaria, expresión que lleva claramente a entender que su establecimiento debe efectuarse por vía testamentaria.

Conclusión que se sostiene, a su vez, en el art. 14 de la LH de 1946 y en los arts. 82 y 80.1(a) del RH de 1947, de los cuales se desprende que para poder inscribir en el Registro de la Propiedad una herencia o legado con sustitución fideicomisaria, integrada por bienes fideicomitidos inmuebles, a favor del fiduciario incapacitado, será preciso que se presente el testamento, en el que deberá constar, según dispuesto en los arts. 51.6 y 82 del RH de 1947, la cláusula de sustitución, y la escritura de partición, escritura o acta de protocolización de las operaciones particionales o una resolución judicial determinando las adjudicaciones de cada interesado. Título sucesorio que junto a la escritura de partición hereditaria y al documento público que evidencie que se ha extinguido el fideicomiso especial por muerte o rehabilitación de la capacidad del fiduciario u el cumplimiento de otro evento o plazo determinado por el fideicomitente, como por ejemplo el certificado de defunción, la declaración de fallecimiento o la resolución judicial declarando que el favorecido con el esquema fideicomisario recuperó la capacidad, serán necesarios para que los bienes sean

---

<sup>1086</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 197; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 8, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 154; COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, pág. 369; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1482. Véase, además, PUIG FERRIOL, L., «Protección del Discapacitado: Aspectos Sucesorios», *op. cit.*, pág. 285; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 24 y 34; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 91; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 6; PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho Sucesorio como Instrumento de Protección del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 2; «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima ¿Piedra Angular del Sistema de Protección de los Incapacitados?», *op. cit.*, pág. 692, *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 123.

“transmitidos” e inscritos, conforme a los arts. 82 y 80.1(a) del RH de 1947 y el art. 14 de la LH de 1946, a favor de los fideicomisarios no incapaces.<sup>1087</sup>

En el Código Civil no se impone limitación alguna en cuanto al tipo de testamento que puede utilizarse para constituir el fideicomiso especial. Circunstancia que es indicativa de que esta figura sucesoria puede establecerse en cualquier clase de testamento válido, incluso en el ológrafo, que requiere que, una vez fallecido el testador, se proceda a su autenticación, o adveración, y protocolización ante notario. No obstante, entendemos que, por la naturaleza de esta institución especial, de los sujetos a los que impacta, de la situación familiar que pretende atender y, sobre todo, por las lagunas que se han generado como resultado de las carencias e inexactitudes legislativas en el texto de los preceptos que conforman su regulación, es recomendable que la constitución de la sustitución fideicomisaria excepcional se realice en un testamento común abierto, de manera que cuente con todas las garantías y seguridades que ofrece este tipo de instrumento notarial, incluyendo el asesoramiento de un notario. Aunque también la redacción del testamento puede ser técnicamente buena si la realiza un abogado u otro profesional del derecho.

Aclarar que igual que en el caso de una sustitución fideicomisaria general, que también conlleva el efecto dual de un gravamen y de ser un obstáculo a la libre circulación de los bienes, el establecimiento de un fideicomiso especial deberá hacerse de un modo lo suficientemente claro, más aún porque en su caso particular se trata de una afectación sobre la legítima estricta. Ya sea que, por ejemplo y de acuerdo con el art. 785.1 del CC, se emplee específicamente el término «sustitución fideicomisaria» o se le imponga «al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero» o que se utilicen expresiones similares, tales como que se ordene al fiduciario que pase los bienes fideicomitidos a otro u otros sucesores, cuando se cumpla un plazo o suceso determinado por el fideicomitente, o, incluso, podría bastar que se remita al régimen legal de los arts. 782, 808.4 y 813.2 para que se cumpla con los presupuestos subjetivos. No siendo necesario que los fiduciarios y fideicomisarios sean determinados individual o nominalmente, a pesar de que en el art. 783.1 del CC se alude a que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deben ser expresos, siempre que se les pueda identificar a través de las referencias genéricas de los mencionados preceptos.<sup>1088</sup>

---

<sup>1087</sup> Este aspecto relacionado con las respectivas inscripciones de los bienes fideicomitidos será discutido con un poco más de detalle cuando se trate el asunto sobre la posición jurídica del fideicomisario no incapacitado y del fiduciario incapaz, tanto en el momento de la apertura de la sucesión del fideicomitente como en el de la extinción del fideicomiso especial.

Se ha llegado, también, a plantear que la sustitución fideicomisaria especial se podría constituir por medio del acto *inter vivos* específico de la donación con derecho de reversión.<sup>1089</sup> Institución sucesoria que está regulada en el art. 641 del CC y que, en lo pertinente, establece que «[p]odrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancia, pero no en favor de otras personas sino en los

---

<sup>1088</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 126 - 127 y nota 24, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, págs. 779 – 780; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 35 – 36. Véase, además, DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 882, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 278, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 9; STS de 13 de diciembre de 1974, *supra.*; STS de 25 de octubre de 1954, *supra.*; STS de 6 de abril de 1954, *supra.*; STS de 20 de abril de 1951, *supra.*; RDGRN de 4 de enero de 1994, *supra.*

<sup>1089</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 8, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 155; COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, pág. 369; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1482. Véase, además, STS núm. 669 de 28 de junio de 2002, Sala Civil, (RJ 2002/5507). Este criterio es favorecido, además, por MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 24 – 26, aunque con algunas matizaciones. Esta autora comenta que la protección al principio de intangibilidad cualitativa que se consagra en el art. 813.2 del CC tiene que ver con la prohibición de gravámenes testamentarios sobre la legítima, salvo las excepciones que expresamente se determinan en este precepto, y no con los que se le imponen a través de actos jurídicos *inter vivos*, como lo es la donación con derecho de reversión. Mientras los primeros se tendrán por no puestos, los segundos estarán sujetos a las normas de imputación y si resulta que recaen sobre bienes que deben imputarse a la legítima, se considerarán para efectos de cuantificar la disminución que en el valor de los mismos ha provocado su existencia. A modo ejemplificativo, esta estudiosa expresa: «En nuestro caso, el donatario sería el hijo o descendiente incapacitado del donante que recibiría a título de donación bienes constitutivos de la legítima estricta de los coherederos forzosos pero con un derecho de reversión a favor de éstos que actuaría cuando el donatario dejara de estar incapacitado, muriera o llegara el plazo establecido; los reversionarios serían los legitimarios gravados de ese modo, que tendrían derecho a esos bienes cuando se produjera el evento preestablecido por el donante. La imputación de estas donaciones se haría conforme a las reglas generales, por tanto, si el donante no hubiera dicho nada, la donación al donatario se imputaría en primer lugar a su legítima, y debería valorarse teniendo en cuenta el gravamen que representa el tener que entregar los bienes a los legitimarios reversionarios en un futuro; si el donante hubiera dispuesto que se imputara a la mejora, se aplicaría primero a la mejora y después a la parte de libre disposición; el derecho de reversión de los legitimarios reversionarios en principio se imputaría, conforme a las reglas generales, a su legítima estricta, de modo que habría que descontar del valor de los bienes a los que la reversión se refiere, el valor de la propiedad temporal del donatario. En otras palabras, al incapacitado lo que se le dona es la propiedad de unos bienes sometida a término final y a los legitimarios no incapacitados la propiedad de los mismos sometida a un término inicial, y esto es lo que hay que valorar. Por tanto, en estos casos, no es que la legítima estricta de los legitimarios no incapacitados esté gravada, sino que la legítima estricta de éstos está constituida por bienes que están gravados, razón por la que en la misma será necesario que se incluyan para colmarla, más bienes o bienes de más valor, con lo que realmente, a través de este medio no se conseguirán los mismos efectos que a través de una sustitución fideicomisaria establecida en testamento». De manera particular, por un lado, LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 197 - 198, señala que el fideicomiso legitimario no se puede disponer por donación, sino solo por vía testamentaria. Sin embargo, por otro lado, expone que los efectos de la donación se pueden conseguir por la vía indirecta del mecanismo de la reversión a terceros, que se contempla en el art. 641 del CC. Luego de ello, contrario a la visión de MARTÍN MELÉNDEZ, estima «que, al abrirse la sucesión y quedar imputados esos bienes donados a la legítima estricta, cabrá el gravamen establecido sobre ella por la reversión, ya que este gravamen estará dentro de los “casos” y “limitaciones” establecidos por el Código para las sustituciones testamentarias y no habrá que reducir».

mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias». Texto que aplicado al objeto de estudio implicaría que el ascendiente donante le donaría a su hijo o descendiente donatario incapacitado, sujeto al mecanismo de reversión, los bienes hereditarios que integran la porción legal que le pertenece al resto de los descendientes no incapaces en el tercio de legítima estricta. Bienes donados que revertirían a los colegitimarios no incapacitados, en concepto de su legítima, a la muerte del incapaz, a la fecha en que este recuperara la capacidad, al vencimiento del plazo definido por el donante o en el momento en que se suscitara un evento previamente determinado por este.

Incluso, alguna autora piensa que el establecimiento de una donación *mortis causa* fideicomisaria, regulada en el art. 620 del CC, es posible porque manifestaría los mismos efectos que los de una sustitución fideicomisaria testamentaria.<sup>1090</sup> Parecer que fundamenta en el contenido del mencionado precepto que dispone que «[l]as donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

Si fuera el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC el que, por delegación expresa del ascendiente causante, estableciera la sustitución fideicomisaria especial, podrá hacerlo mediante acto *mortis causa*, es decir, su testamento, en el que además ordene su propia sucesión, siempre que el delegante le hubiera autorizado explícitamente para constituirla por medio de este instrumento público. Aunque no se exige el uso de una forma particular de testamento, e incluso se ha manifestado que cualquiera de ellas sería válida<sup>1091</sup>, se coincide en que la forma más conveniente sería la notarial, en escritura pública, considerando que se trata de un acto de ejecución de la fiducia sucesoria, que participa del carácter de las particiones hereditarias, y que podría ser arriesgado dejar su realización en un testamento ológrafo, que por su naturaleza carece de la orientación de un conocedor del derecho, como lo es el notario.<sup>1092</sup> Siendo importante que del testamento se desvele claramente la intención

---

<sup>1090</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., pág. 26. En contra de la posibilidad general de que se pueda constituir la sustitución fideicomisaria especial por medio de donación, pues es su criterio que esta institución sucesoria solo admite la forma testamentaria, PUIG FERRIOL, L., «Protección del Discapacitado: Aspectos Sucesorios», op. cit., pág. 285 y PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, op. cit., pág. 123, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima ¿Piedra Angular del Sistema de Protección de los Incapacitados?», op. cit., pág. 692. A lo que se añade, que se ha argumentado que la mayoría de la doctrina opina que, a pesar del art. 620, las donaciones *mortis causa* no caben en el CC y que la única forma de transmitir bienes para después de la muerte es a través del testamento. RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, op. cit., pág. 571.

<sup>1091</sup> SIERRA PÉREZ, I., «La Fiducia Sucesoria en Derecho Común: El artículo 831 del Código Civil (LEG 1889, 27) en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (RCL 2003, 2695)», en *R.A.D.P.*, núm. 19, 2007, pág. 113.

del cónyuge supérstite del art. 831 del CC de disponer tanto de sus bienes hereditarios como de los del fallecido delegante.<sup>1093</sup> Igualmente, por su carácter esencialmente revocable hasta el fallecimiento del cónyuge supérstite del art. 831 del CC, debe tratarse de un testamento válido y no revocado, ya fuera por otra declaración de última voluntad o por actos *inter vivos* posteriores, o que a pesar de haberlo sido, se mantenga la vigencia del establecimiento de la sustitución fideicomisaria excepcional.<sup>1094</sup>

En cambio, si el comitente no le autorizó a instituir el fideicomiso especial en su propio testamento o permitiéndoselo el cónyuge viudo del art. 831 del CC prefirió no recurrir a esa forma notarial, este podrá hacerlo por acto *inter vivos*. Específicamente, si se tratara de bienes inmuebles fideicomitidos sería a través de una escritura pública, según se desprende de los arts. 1279 y 1280 del CC, para que tengan acceso al Registro de la Propiedad y puedan ser oponibles a terceros.<sup>1095</sup> En el caso de que fueran bienes muebles fideicomitidos, aunque no se requiere cumplir con requisitos de forma solemnes, son recomendables «las formas documentales públicas, además de la constancia probatoria y la necesidad en su caso del carácter ejecutivo».<sup>1096</sup>

Parecer que fundamentamos en dos consideraciones principales. Por un lado, en el texto del párrafo segundo del art. 831.1 del CC, que lee:

---

<sup>1092</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 565, «La Fiducia Sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 187, «La Fiducia Sucesoria del Artículo 831 del C.C.», *op. cit.*, pág. 997, «Algunos Aspectos sobre el Ejercicio de la Comisión o Encargo Hecho en Virtud del Artículo 831 CC: Ejecución de la Delegación y de la Fiducia...», *op. cit.*, págs. 330 y 338.

<sup>1093</sup> SIERRA PÉREZ, I., «La Fiducia Sucesoria en Derecho Común: El artículo 831 del Código Civil (LEG 1889, 27) en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre...», *op. cit.*, pág. 113; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 565, «Algunos Aspectos sobre el Ejercicio de la Comisión o Encargo Hecho en Virtud del Artículo 831 CC: Ejecución de la Delegación y de la Fiducia...», *op. cit.*, pág. 331.

<sup>1094</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 565 – 567, «La Fiducia Sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 186 y 187, «La Fiducia Sucesoria del Artículo 831 del C.C.», *op. cit.*, págs. 996 – 997, «Algunos Aspectos sobre el Ejercicio de la Comisión o Encargo Hecho en Virtud del Artículo 831 CC: Ejecución de la Delegación y de la Fiducia...», *op. cit.*, págs. 331 – 332; MILLÁN SALAS, F., «La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 422; SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de Fiducia Sucesoria del Artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 276.

<sup>1095</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 568 y 569, «Algunos Aspectos sobre el Ejercicio de la Comisión o Encargo Hecho en Virtud del Artículo 831 CC: Ejecución de la Delegación y de la Fiducia...», *op. cit.*, págs. 334 - 336; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El Artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1128.

<sup>1096</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 569, «Algunos Aspectos sobre el Ejercicio de la Comisión o Encargo Hecho en Virtud del Artículo 831 CC: Ejecución de la Delegación y de la Fiducia...», *op. cit.*, pág. 335.

«Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiera señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes».

Precepto que, precisamente, ha llevado a la doctrina a opinar, a nuestro parecer correctamente, que el cónyuge viudo tiene la posibilidad de ejecutar la fiducia que le delegó su consorte fallecido conforme al art. 831 del CC, por medio de la vía testamentaria o de cualquier acto o instrumento público, que le permita adjudicar, atribuir, especificar o distribuir en general el patrimonio hereditario del causante.<sup>1097</sup>

Por otro lado, si el cónyuge sobreviviente del art. 831 del CC instituyó el fideicomiso especial por disposición de última voluntad, entendemos, interpretando este supuesto específico en relación con el art. 14 de la LH de 1946 y los arts. 80.1(a) y 82 del RH de 1947, que para inscribir en el Registro de la Propiedad la herencia o legado con este gravamen fideicomisario a favor del fiduciario incapaz, será necesario que se sometan, conjuntamente, los siguientes documentos: (1) el testamento del ascendiente causante donde le permite expresamente al cónyuge fiduciario establecer la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta mediante esta forma documental; (2) el testamento de este último, en el que conste la cláusula de sustitución, según requerido por los arts. 51.6 y 82 del RH de 1947, y (3) la escritura de partición hereditaria o instrumento público en el que se formalizó la atribución de los bienes inmuebles fideicomitidos. Distintamente, si el cónyuge, por opción o porque no tuvo otra alternativa, constituyó la sustitución fideicomisaria excepcional mediante acto *inter vivos*, para la inscripción de los bienes fideicomitidos a favor del descendiente legitimario incapacitado, bastará con presentar en el Registro de la Propiedad, el primer y tercer documento. A su vez, para inscribir la transmisión de los bienes a favor de los fideicomisarios no incapacitados, además de los documentos detallados, cuyo requerimiento dependerá de cuál sea el caso aplicable, deberá someterse evidencia de la extinción del fideicomiso especial.

---

<sup>1097</sup> Véase: RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «La Delegación de la Facultad de Mejorar», *op. cit.*, pág. 1644; SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de Fiducia Sucesoria del Artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 276 y 277; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 561 – 567, 568 – 572, 624 – 626, «La Fiducia Sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 185 – 188, «La Fiducia Sucesoria del Artículo 831 del C.C.», *op. cit.*, págs. 995 – 998, «Algunos Aspectos sobre el Ejercicio de la Comisión o Encargo Hecho en Virtud del Artículo 831 CC: Ejecución de la Delegación y de la Fiducia...», *op. cit.*, págs. 326 – 340; SIERRA PÉREZ, I., «La Fiducia Sucesoria en Derecho Común: El artículo 831 del Código Civil (LEG 1889, 27) en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre...», *op. cit.*, págs. 113 – 114; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El Artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1128; MILLÁN SALAS, F., «La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 422 y 427; BOLAS ALFONSO, J., «El Artículo 831 del Código Civil: Una Norma del Siglo XXI (125 Aniversario del Código Civil)», *op. cit.*, pág. 86.

### C. Ámbito objetivo

El contenido general del art. 813 del CC y la literalidad de los textos de los arts. 782 y 808.4 del CC, todos modificados por la LPPPD, aparentan sugerir que la sustitución fideicomisaria especial deberá recaer sobre el primer tercio de la herencia. En el art. 813 del CC se reconoce que la posibilidad de que se establezca una sustitución fideicomisaria especial constituye una excepción a la regla general de que sobre la legítima no se puede imponer ningún tipo de afectación. Mientras, la letra del art. 782 del CC, por un lado, autoriza a que se «grave la legítima estricta» con el fideicomiso especial y, por otro lado, en el art. 808.4 del CC se expresa que el testador podrá instituir esta figura sucesoria «sobre el tercio de legítima estricta».

No obstante, en la doctrina se han generado muchas dudas respecto al alcance del gravamen sobre el primer tercio del patrimonio hereditario del difunto. Más específicamente, en cuanto a la definición del objeto concreto de esa legítima estricta que tendrá que sufrir el establecimiento del esquema fideicomisario excepcional. Varias consideraciones han abonado a ello. Primero, la circunstancia de que el supuesto objeto de estudio se trata de una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Segundo, la falta de concreción y claridad del legislador al regular esta institución jurídica excepcional. Tercero, el hecho de que los preceptos que la estructuran deben analizarse e interpretarse conjuntamente y, además, de forma integral con la finalidad de la LPPPD manifestada en su Exposición de Motivos, que permite que se constituya el fideicomiso especial para beneficiar al hijo o descendiente legitimario incapacitado del causante, interés al que, precisamente, se hace hincapié en el art. 782 del CC, sin que se vea afectado, más allá de un aplazamiento temporal, el derecho legitimario de los descendientes no incapacitados. Máxime cuando el estudio de los Preámbulos es un criterio de hermenéutica imprescindible para poder comprender, interpretar y analizar de manera armónica el estatuto del cual son parte.<sup>1098</sup>

Concretamente, la doctrina se ha cuestionado si el fideicomiso especial grava la totalidad del tercio de legítima corta o si, por el contrario, el testador puede determinar qué parte del mismo será la que deberá soportar tal vulneración. Se ha reflexionado, incluso, respecto a si el efecto generado por dicho gravamen debe examinarse más bien en relación con la totalidad o una parte de lo que les corresponde a los fideicomisarios no incapaces en la legítima estricta. También, si la sustitución fideicomisaria especial afectará o no la parte que

---

<sup>1098</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1480.

le corresponde al fiduciario incapacitado en el primer tercio de la herencia. Hasta se han llegado a cuestionar si la institución del fideicomiso especial debe o no quedar sujeta a que el testador le otorgue al fiduciario descendiente legitimario incapaz, además, el segundo y tercer tercio de su caudal hereditario. Respecto a estas interrogantes, la doctrina ha asumido diversas posiciones, que procederemos a detallar a continuación, seguidas de nuestra postura en torno a cada uno de estos asuntos.

La doctrina coincide en que la voluntad del testador es un factor medular en la determinación del grado de afectación que producirá la sustitución fideicomisaria especial, que muy bien puede ser total o parcial. Donde existe discrepancia es en el objeto preciso en el que recaerá dicho gravamen. Hay autores<sup>1099</sup> que sostienen que la literalidad de los arts. 782 y 808.4 del CC lleva a entender que el fideicomiso excepcional debe gravar en toda su extensión el tercio de legítima estricta, sin distinción alguna entre la porción legitimaria del fiduciario incapaz y la de los fideicomisarios no incapacitados, a menos que el causante decida limitar el gravamen a solo una parte. De ahí que se haya opinado que si el testador no aclara cuál es el objeto de la sustitución fideicomisaria especial, se deberá asumir que el gravamen abarcará todo el tercio de legítima estricta, incluyendo la legítima del fiduciario incapacitado, según se dispone expresamente en los mencionados preceptos que regulan esta figura jurídica sucesoria. Lo que significa que el descendiente incapacitado no podrá disponer de su porción legitimaria porque a su muerte todos los bienes fideicomitados, incluso los representativos de su parte legal, pasarán a los fideicomisarios no incapaces.<sup>1100</sup>

---

<sup>1099</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 142 - 143, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, pág. 784. Véase, además, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 7, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 152; PUIG FERRIOL, L., «Protección del Discapacitado: Aspectos Sucesorios», *op. cit.*, págs. 295 - 297; DÍAZ ALABART, S., «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, págs. 1056 - 1057, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 880, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 275, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 8, aludiendo, exclusivamente, a que el fideicomiso recae sobre todo el tercio de legítima estricta.

<sup>1100</sup> COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, pág. 366, añadiendo que otro caso en el que el fideicomiso especial absorberá por completo el tercio de la legítima estricta es cuando el testador al instituirlo designa como fiduciario, sin matización alguna, a un descendiente incapaz no legitimario. En términos parecidos, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 97 y 98, «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados: Algunos de los Problemas que Plantea», *op. cit.*, pág. 260, opina que el único supuesto en el que la sustitución fideicomisaria puede recaer sobre todo el tercio de legítima estricta es si el fiduciario es un descendiente no legitimario, no, así, cuando lo sea.



Más específicamente, se ha afirmado<sup>1101</sup> que el legislador solo permitió que se constituyera el fideicomiso legitimario si su contenido patrimonial se extendía a todos los bienes que componen, por disposición testamentaria o estipulación particional, el tercio completo de la legítima corta. Comprendiendo, evidentemente, la parte que en el mismo le corresponde al incapacitado. Perspectiva que se justifica, por un lado, en la Exposición de Motivos de la LPPPD, que si bien es cierto que manifiesta que el testador tendrá la posibilidad de instituir una sustitución fideicomisaria para gravar «la legítima estricta», también lo es que no especifica si se refiere a la porción legitimaria del incapacitado o a la de los colegitimarios no incapaces. Circunstancia que lleva a este autor a concluir que el objeto del fideicomiso especial no es otro que la totalidad del tercio de legítima estricta. Por otro lado, el efecto práctico de la literalidad de las normas que regulan esta institución sucesoria excepcional es que el fideicomitente puede sustituir la parte en propiedad que le pertenece al incapaz en el primer tercio de su caudal hereditario, por la posición fiduciaria, equivalente a la usufructuaria, en la integridad del mismo. Es decir, que por el beneficio de disfrutar una mayor parte, la totalidad de la legítima estricta, el fiduciario incapacitado perderá su porción legitimaria en propiedad. Con el resultado de que los herederos del incapaz se verían privados de la parte de la legítima corta que a este le hubiese correspondido en propiedad en la herencia de su difunto ascendiente. Pasando, con el fallecimiento del fiduciario, los bienes fideicomitidos a los fideicomisarios no incapaces, en partes iguales.

Este supuesto general que se contempló en la LPPPD puede ser variado a voluntad del testador, si este expresa claramente cuál será el objeto del fideicomiso legitimario. Claro está, siempre que tal delimitación cumpla con la condición esencial para que se pueda establecer esta institución especial, que es beneficiar con la misma al fiduciario incapacitado. Por ejemplo, el fideicomitente podría disponer que el incapacitado recibirá su porción legitimaria en propiedad y, además, se favorecerá de una sustitución fideicomisaria especial que recaerá sobre la integridad, o una parte, del resto de la legítima estricta de los fideicomisarios no incapacitados. Situación que posibilitará que, a su muerte, el fiduciario incapaz pueda transmitirle a sus herederos la propiedad de la parte suya de la legítima corta que no fue objeto de gravamen por el fideicomiso legitimario. No obstante, si el testador no aclaró nada sobre este asunto y solo se limitó a constituir la sustitución fideicomisaria excepcional, se deberá entender que con la misma se está gravando completamente el primer

---

<sup>1101</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 191, 193, 194 y 203.

tercio de la herencia del causante, inclusive la parte legal del fiduciario incapacitado que, a su muerte, acrecerá a la de los fideicomisarios no incapaces.<sup>1102</sup>

Con similar criterio, se ha argumentado que el ejercicio de la facultad de establecer una sustitución fideicomisaria sobre la legítima corta supondrá, a la misma vez, una mejora y un perjuicio, tanto para el legitimario incapaz como para el no incapacitado. Balance que, precisamente, se logra con la imposición de este gravamen, también, sobre la propia legítima del fiduciario incapacitado, puesto que de esta manera se les compensa a los fideicomisarios el provecho que aquellos perciben a su costa. En otras palabras, el gravamen que implica la institución del fideicomiso especial para la legítima del fiduciario y la del fideicomisario, ha sido equilibrado por el legislador al conferirle al legitimario incapacitado un mayor beneficio durante su vida y al no incapacitado una más amplia participación en el patrimonio hereditario del causante, una vez que muera el incapaz.

Se entiende que el énfasis que en la LPPPD se hace al beneficio del legitimario incapacitado, no puede interpretarse más allá de ser una manifestación de la finalidad de la norma, que no debe significar que siempre que surjan dudas en la hermenéutica de los preceptos que regulan el gravamen sobre la legítima corta, se tenga que optar por la tesis más favorable para el incapaz, y de que los bienes objeto del fideicomiso especial serán disfrutados por este desde la muerte del causante, contrario a los legitimarios no incapaces que se verán obligados a tolerar un aplazamiento en dicho disfrute. Añadiéndose que del estudio integral de la LPPPD, y en específico del contenido de su art. 4.3 y de la propia elección de la institución del fideicomiso, se desprende que para satisfacer las necesidades de las personas discapacitadas será suficiente que se le provean bienes para su disfrute en vida, sin que estos se hagan formar parte de su caudal hereditario.<sup>1103</sup>

Distintamente, otro grupo de estudiosos opina que la sustitución fideicomisaria especial puede recaer tanto en la totalidad de la porción legitimaria que le corresponde a los coherederos forzosos no incapacitados en el tercio de legítima corta, y no en la del hijo o descendiente incapacitado, como en una parte de esta. Sujeto, claro está, a la voluntad del

---

<sup>1102</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 194 - 195 y 203.

<sup>1103</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 142 - 144, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, pág. 784. En contra de esta tesis, NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 147, manifestó: «[...] esta posición me parece difícilmente sostenible pues es el resultado de una determinada interpretación de la voluntad del legislador que carece de respaldo legal expreso. Tanto en la Exposición de Motivos como en el articulado de la Ley 41/2003 sólo está presente el designio de favorecer al incapacitado. En ningún momento se habla de la presencia de mecanismos de compensación de los coherederos forzosos que padecen el gravamen y que ven pospuesta la adquisición de su porción de la legítima estricta».

testador, que es ley suprema de la sucesión.<sup>1104</sup> Más concretamente, se entiende que del total del primer tercio del patrimonio hereditario del fallecido ascendiente, el fiduciario incapacitado recibirá en pleno dominio la parte correspondiente a su legítima. En cambio, se beneficiará de una sustitución fideicomisaria sobre el resto de los bienes destinados al pago de la legítima de sus colegitimarios no incapacitados.<sup>1105</sup>

No se acepta que el fideicomiso especial grave todo el primer tercio de la herencia del causante porque se entiende que la legítima del fiduciario incapaz no forma parte de su ámbito objetivo, es decir, no está sujeta al gravamen fideicomisario. Parecer que se fundamenta en dos consideraciones principales. De una parte, cuando en la LPPPD se facultó al testador para establecer esta institución fideicomisaria excepcional, el legislador no expresó en ninguno de los preceptos que la regulan que con la misma se gravaría también la porción legitimaria del fiduciario incapacitado. De otra parte, el propósito o espíritu de la norma, que persigue beneficiar al fiduciario incapaz con la institución de una sustitución fideicomisaria especial, por lógica, lleva a concluir que el descendiente incapacitado recibirá su legítima libre de toda carga. Los bienes fideicomitados no podrán ser todos los que conforman el tercio de legítima corta. Aquellos bienes que hubiera percibido el fiduciario incapacitado en pago de su derecho legitimario, no estarán afectados por el gravamen de conservación y restitución propio de la sustitución, por lo que este podrá disponer de ellos libremente. Además, al integrarse en su caudal hereditario, a su muerte, los mismos podrán ser adquiridos por sus propios herederos. Significa que, en su día, los fideicomisarios no incapaces recibirán su porción legitimaria y no la que le corresponde al fiduciario incapaz en el primer tercio de la herencia de su ascendiente difunto.<sup>1106</sup>

Es cierto que el fiduciario incapacitado, a través de los reformados arts. 782 y 808.4 del CC, recibe íntegramente el primer tercio de la herencia del causante que pertenece a todos los legitimarios. Esto, sin embargo, no puede llevar a pensar que con la extinción del

---

<sup>1104</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1479; PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho Sucesorio como Instrumento de Protección del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 2, *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 129; SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, pág. 115, *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 447 y 449; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 420 - 421, «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 91.

<sup>1105</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., «El Gravamen con una Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado de la Legítima Estricta de los Demás Descendientes», *op. cit.*, pág. 43.

<sup>1106</sup> RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 7. Véase, además, PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho Sucesorio como Instrumento de Protección del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 2.

fideicomiso especial todos los bienes fideicomitidos que componen el tercio de legítima estricta, incluyendo los representativos de la parte legal del fiduciario incapaz, deberán ser entregados a los fideicomisarios. Las normas que regulan esta institución fideicomisaria excepcional no permiten que con su constitución se grave tanto la legítima de los descendientes no incapacitados a favor de los que sí lo están, como la porción legitimaria de los incapaces en beneficio, a su vez, de los que no están carentes de capacidad. No tiene sentido que el gravamen fideicomisario afecte el derecho legitimario del hijo o descendiente incapacitado, cuando fue, precisamente, para favorecerlo que el legislador le concedió al testador la posibilidad de su establecimiento, que, además, resulta en la ampliación de su libertad testamentaria. La excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima solo es viable si la sustitución fideicomisaria especial se constituye a favor del incapaz, afectando exclusivamente a la legítima de los no incapaces. En la ley no se previó, además, el supuesto inverso. Siendo así, y persistiendo la regla general de que la legítima no puede ser sometida a gravamen, condición, ni sustitución de ninguna especie, será inaceptable que se grave la porción legitimaria del fiduciario incapacitado, obligándole a él, o a sus sucesores, a restituirle a los colegitimarios no incapaces la totalidad de los bienes fideicomitidos.<sup>1107</sup>

Algún autor<sup>1108</sup>, incluso, opina que si la figura fideicomisaria especial se interpretara de forma que se entendiera que grava también la cuota legitimaria del hijo o descendiente incapacitado, el efecto práctico sería que a este se le habría «desheredado» porque lo que hubiera recibido a título de herencia o de legado estaría sujeto al gravamen de tener que cumplir con la obligación de conservarlo y transmitirlo a los fideicomisarios no incapaces. Es decir, el fiduciario incapaz no podría disponer libremente de lo que hubiera percibido sucesoriamente porque el testador prefijó su destino al establecer la sustitución fideicomisaria especial. Privándosele así del derecho legitimario en propiedad, que está legalmente reservado a su favor y que, por lo mismo, no puede ser dispuesto por el testador, salvo algunas excepciones expresamente determinadas por la ley, no siendo esta actuación una de ellas. De ahí que se rechaza la tesis de que el fideicomiso especial tiene como objeto el tercio íntegro de legítima estricta, fundada en una hermenéutica exclusivamente literal de las

---

<sup>1107</sup> PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, op. cit., pág. 129. Como salvedad, esta autora destaca lo siguiente: «[...] para ser coherentes con nuestro sistema legitimario[,] sí será posible que la sustitución fideicomisaria comprenda todos los bienes fideicomitidos cuando el fiduciario sea un nieto, si vive su padre, pues en este caso, en puridad él no es legitimario, sino que lo es su padre. La Ley permite que, excepcionalmente[,] se le nombre fiduciario y no se grava su legítima si se le obliga a conservar y restituir todo lo que reciba, porque, en realidad, el legitimario era su padre». (pág. 129).

<sup>1108</sup> SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, op. cit., pág. 449.

normas que regulan esta figura, y se promueva aquella que sostiene que el mismo jamás podrá gravar la porción legal del incapaz, sino únicamente la de los colegitimarios no incapacitados.

A modo de resumen, la conclusión de que la sustitución fideicomisaria no podrá recaer sobre todo el tercio de legítima estricta si el fiduciario incapaz es un legitimario, sino solo sobre la parte que en el mismo le corresponda a los legitimarios no incapacitados fideicomisarios, se ha sostenido en varias razones.<sup>1109</sup> Primero, las normas que regulan este esquema fideicomisario excepcional deben interpretarse de la manera más favorable para el hijo o descendiente incapacitado porque la finalidad de la LPPPD, estatuto que las reformó, es, precisamente, beneficiar a este colectivo. Siendo así, debe entenderse que la sustitución fideicomisaria no puede afectar la porción legitimaria del fiduciario incapaz. Segundo, ni en la Exposición de Motivos ni en los preceptos modificados por esta ley se alude a que a los legitimarios no incapaces se les debe compensar con el gravamen de la legítima del incapacitado, por causa de que ellos tienen que sufrir el aplazamiento en el recibo de su derecho legitimario. Más aún, cuando la constitución de la sustitución fideicomisaria especial se permitió a costa de los primeros y en beneficio exclusivo del segundo. Entonces, si se estimara como correcta la postura contraria, no se estaría beneficiando realmente al fiduciario incapacitado con el fideicomiso especial, resultado que impediría que se diera cumplimiento a la aludida intención legislativa de la LPPPD.

Tercero, la literalidad de los arts. 782 y 808.4 del CC solo sugiere que la sustitución fideicomisaria recaerá sobre todo el primer tercio de la herencia del causante, si ello es posible. Más específicamente, según el criterio de esta autora, cuando el fiduciario no fuera legitimario y no sí lo es. De ninguna forma significa que el gravamen fideicomisario afectará tanto la parte legal de los legitimarios no incapacitados como la de los que estén incapacitados. Su hipótesis es que la parte legal del legitimario incapacitado fiduciario debe deducirse del tercio de legítima corta. Idea que fundamenta en que a través de los textos de los mencionados preceptos, igual que los de otros en sede de sucesiones, tales como los arts. 1071 y 1085 del CC<sup>1110</sup>, el legislador quiso decir más de lo que expresamente dispuso, razón

---

<sup>1109</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., págs. 70, 71 – 72, 96 – 99, 103, 106 - 107 y nota 201, «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados: Algunos de los Problemas que Plantea», op. cit., págs. 260 - 262.

<sup>1110</sup> A manera comparativa, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., pág. 98, señala: «[...] tal y como ocurre con el a. 1085 C. c. que [...] faculta al coheredero que, después de la partición, hubiese pagado de las deudas hereditarias más de lo que le correspondía a su participación en la herencia, para reclamar a los demás su parte proporcional, sin aludir de ninguna manera a la necesidad de deducir la que a él le correspondería y, sin embargo, se entiende que ha de

por la que respecto a estos se debe efectuar una interpretación modificativa de carácter restrictivo.

Cuarto, para esta estudiosa resulta cuestionable que, a cambio de la propiedad temporal de la porción legitimaria de los fideicomisarios, al incapacitado, o a sus propios herederos, se le prive de su legítima para favorecer con ella a los no incapacitados. Ello, poco tiempo después del deceso del causante, ya fuera porque a la sustitución se le fijó un plazo breve para su operación o que esta se materializó a causa de la muerte del fiduciario o de que este dejara de ser incapaz. No cabe justificar esta posibilidad en que los fideicomisarios, igual que cuando existen cláusulas de opción compensatoria, tienen incertidumbre en cuanto al derecho sucesorio que habrán de percibir, ya que en el caso del fideicomiso especial estos carecen de la potestad de escoger entre recibir su porción legitimaria ahora o después, pero junto con la legítima del fiduciario incapacitado.

Con la imposición de la sustitución fideicomisaria especial, el legislador no pretendía despojar definitivamente a los fideicomisarios no incapaces y a los fiduciarios incapacitados de sus respectivos derechos legitimarios. Su único propósito era favorecer, temporalmente, a los hijos o descendientes incapaces con el establecimiento de este gravamen fideicomisario. Siendo así, se piensa que es insostenible el planteamiento de que la sustitución fideicomisaria especial, también, grava la legítima del incapaz porque ello implicaría un perjuicio definitivo para él.

Quinto, para el incapacitado sería perjudicial que se entendiera que la sustitución fideicomisaria grava, además, su legítima, considerando que el fideicomitente tiene libertad para imponer que esta opere en un plazo cierto, que pudiera ser muy corto. Perjuicio que se acrecentaría, según esta autora, si no se asume la postura de que la constitución de este gravamen fideicomisario está supeditada a que el testador le haya dejado, también, el segundo y tercer tercio de la herencia al fiduciario incapacitado. Además de que si se asumiera esta perspectiva se entraría en contradicción con lo que esta estudiosa presume como la intención del legislador al permitir la sustitución fideicomisaria especial, que tiene que ver con beneficiar al hijo o descendiente incapacitado más allá del máximo de lo que el ascendiente testador le podía atribuir antes de la reforma de la LPPPD, es decir, su porción legitimaria en propiedad, el tercio de mejora y el de libre disposición. Ya que el incapaz

---

deducirse; o el a. 1071 C. c., que al tratar de cómo repercute la obligación de saneamiento al favor del coheredero perjudicado en la partición, tras establecer que “la obligación recíproca de los coherederos a la evicción es proporcionada a su respectivo haber hereditario”, añade que “si alguno de ellos es insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado”, deducción que ha de hacerse no sólo en los casos de insolvencia, sino en general, puesto que si no el indemnizado quedaría con su haber inmodificado, y los demás, verían en [sic] suyo reducido».

terminaría percibiendo menos del límite máximo señalado. Circunstancia que haría insignificante la aportación que el fideicomiso excepcional le ofrece al incapacitado porque lo mismo se podría haber alcanzado, incluso respecto de los discapacitados, a través de una cláusula de opción compensatoria en la que el causante le diera a los legitimarios no incapacitados la alternativa de elegir entre su porción legitimaria en el tercio de legítima estricta ahora o todo el primer tercio de su herencia, al vencimiento de un plazo, a la muerte del fiduciario incapaz o a la fecha en que este hubiera recuperado su capacidad. Con la única diferencia de que con la sustitución fideicomisaria especial, los fideicomisarios no incapaces estarían privados de la facultad de optar.

Con un criterio aparentemente dual, cierto autor<sup>1111</sup>, por un lado, muestra ser partidario de la primera postura, que sostiene que tanto la constitución como el contenido de la sustitución fideicomisaria especial dependen de la prioritaria libertad del testador que es quien puede determinar que la misma afecte todo el tercio de legítima estricta o una parte del mismo.<sup>1112</sup> Sujeto a esta perspectiva, comenta que al determinar que el fideicomiso especial recaerá sobre el tercio completo de la legítima corta, el fideicomitente puede ordenar que la parte legal que le pertenezca al fiduciario incapacitado sea incluida o excluida como objeto de dicho gravamen. Mientras, por otro lado, interpreta que, aunque el testador no se hubiera expresado sobre esta cuestión y se hubiese limitado a reproducir en su testamento el contenido de la norma que regula el fideicomiso legitimario, el art. 808.4 del CC «permite gravar la legítima estricta de los legitimarios no incapacitados que son nombrados herederos o legatarios fideicomisarios pero *ese gravamen no afectaría a la parte que corresponde al propio fiduciario*, porque carece de sentido que resulte gravada a favor del propio titular del derecho».<sup>1113</sup> Significa que como el fiduciario incapaz recibirá su porción legitimaria libre

---

<sup>1111</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 808», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, op. cit., págs. 5861, 5863 – 5864.

<sup>1112</sup> Véase, además, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., pág. 128.

<sup>1113</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Art. 808», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, op. cit., pág. 5864. Apuntar que en un escrito anterior, sin embargo, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta», op. cit., págs. 2001, 2007 y 2009 - 2010, realizó expresiones contrarias y más acordes con la primera postura. En específico, este autor manifestó que «si el testador no se pronuncia expresamente sobre la cuestión que estamos planteando y se limita a reproducir el texto legal y nombrar al legitimario incapacitado fiduciario “sobre el tercio de legítima estricta”, creemos que la sustitución fideicomisaria afectará a *todo el tercio de legítima estricta y absorberá la legítima del fiduciario*. Por lo tanto, al fallecer posteriormente el fiduciario, todos los bienes que componían el fideicomiso, *incluida su propia legítima*, pasarán a manos de los sustitutos fideicomisarios. Si esta opinión fuera correcta, no cabe duda de que el testador, al establecer una sustitución fideicomisaria sobre toda la legítima estricta, *también estará gravando la legítima del legitimario fiduciario* que ha sido incapacitado judicialmente, puesto que no le permite tener una plena disponibilidad sobre la porción que la ley le reserva». (pág. 2007). Perspectiva que enfatizó en los siguientes términos: «En caso de que el incapacitado judicialmente sea legitimario, la sustitución

del gravamen fideicomisario, es decir, en propiedad, a su muerte podrá transmitir la misma a sus sucesores, sin que necesariamente estos tengan que coincidir con los sujetos no incapaces que tenían la condición de fideicomisarios.

En otras palabras, los colegitimarios no incapaces, ante el fallecimiento del incapaz o en el caso de que este hubiese recuperado la capacidad, percibirán los bienes hereditarios que sean representativos de su parte legal en la legítima estricta y no así la porción legitimaria del fiduciario incapacitado, que pasará exclusivamente a los herederos de este. Conclusión que se fundamenta tanto en el análisis jurídico de los preceptos que regulan la sustitución fideicomisaria especial como en el simple uso del sentido común, que lleva a entender que no es lógico que se permita gravar la porción que le corresponde al fiduciario incapaz en el primer tercio de la herencia con una figura sucesoria que se creó, justamente, con el propósito de favorecer a los hijos o descendientes incapacitados del causante.<sup>1114</sup>

Bajo esta misma premisa, se ha señalado que la literalidad del art. 808.4 del CC parece sugerir que la sustitución fideicomisaria especial se debe instituir sobre la totalidad del tercio de legítima estricta. Sin embargo, se ha entendido que el testador no está impedido de imponer esta modalidad de fideicomiso sobre una parte del mismo. Dos consideraciones justifican este parecer. Por un lado, los gravámenes deben interpretarse restrictivamente. Por otro lado, si el testador fue autorizado para hacer lo más, es decir, gravar toda la legítima corta, más aún podrá realizar lo menos, que es afectar solo una parte del primer tercio de la herencia del causante. En coherencia con esta última idea, se afirma que el fideicomitente no podrá gravar la cuota legitimaria del fiduciario incapaz con la institución fideicomisaria excepcional porque, en función de la naturaleza de los bienes heredados, se le estaría haciendo de peor condición que antes de la reforma de la LPPPD, en la medida en que no solo se le otorgaba su legítima en propiedad, sino que, además, se le podía asignar el segundo y tercer tercio del caudal hereditario del difunto. Circunstancia que puede acrecentarse si se entiende que la facultades del fiduciario incapacitado están restringidas a las de un

---

fideicomisaria *puede suponer un gravamen sobre la legítima estricta*, tanto la del fiduciario como la de los demás legitimarios descendientes. Ese gravamen está compensado con una mayor atribución patrimonial, pues se permite a cada legitimario disfrutar de más bienes de los que le corresponden por legítima estricta, al incapacitado en una primera etapa, a los demás legitimarios después, cuando se purifique el fideicomiso. Pero entonces se plantea un nuevo problema: [...] ¿puede exigir el legitimario incapacitado que se levante el gravamen sobre su legítima y mantener al mismo tiempo su cualidad de fiduciario respecto del resto de la legítima estricta? [...] El legitimario incapacitado no podrá sentarse en dos sillas al mismo tiempo, no podrá pedir que se le entregue su legítima libre de gravámenes y, además, que se le instituya fiduciario respecto del resto de la legítima estricta. Esa posibilidad de acumular las ventajas sólo puede haber sido prevista por el testador, que tiene un amplio margen de autonomía en este punto». (pág. 2009 – 2010).

<sup>1114</sup> Véase, también, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., págs. 133 – 135.



fideicomiso típico. No obstante, se reconoce que la determinación del objeto de la sustitución fideicomisaria especial hubiese sido más fácil y propia, si el legislador expresamente hubiera previsto que esta recayera «sobre la legítima estricta de los colegitimarios».<sup>1115</sup>

Para cierto autor, son dos los supuestos que hacen que ceda la literalidad del art. 808.4 del CC, en lo que respecta a que el fideicomitente puede establecer la sustitución fideicomisaria sobre el tercio completo de la legítima estricta. Primero, si el testador, en el ejercicio de su libertad dispositiva *mortis causa*, opta por gravar parcialmente el primer tercio de su patrimonio hereditario. Máxime cuando de esta forma, el testador puede controlar el nivel de sacrificio que le impondrá a los legitimarios no incapaces para poder cumplir su anhelo de proteger al incapacitado. Segundo, si el fiduciario incapacitado es un legitimario. Hecho que propiciará que su legítima quede libre de cualquier carga o gravamen que se genere por virtud del fideicomiso especial porque, de lo contrario, estaría en cuestionamiento si el incapacitado fue realmente beneficiado con la institución de esta figura sucesoria. Además de que constituiría una excepción inadmisibile al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima del fiduciario incapacitado, por no constar expresamente en la ley, que se permitiera la ampliación del objeto de la sustitución fideicomisaria a su porción legitimaria para favorecer a los colegitimarios no incapacitados.<sup>1116</sup>

En cambio, casi por unanimidad, la doctrina estima, con justa razón, que si el testador decidió establecer la sustitución fideicomisaria sobre una parte de la legítima perteneciente a los fideicomisarios no incapacitados en el primer tercio de la herencia o sobre una porción del tercio de legítima estricta, según se entienda cuál es el objeto concreto de esta figura sucesoria especial, dicho gravamen afectará equitativamente a todos los legitimarios no incapaces, al aplicarse la regla de la proporcionalidad en cuanto a la legítima de cada uno ellos.<sup>1117</sup> De ninguna forma, el fideicomitente podrá, discrecionalmente, seleccionar a cuál

---

<sup>1115</sup> RIPOLL SOLER, A., «La Sustitución Fideicomisaria del Nuevo Artículo 808 C.C. Fideicomiso de Residuo», *op. cit.*, pág. 825.

<sup>1116</sup> NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, págs. 145 y 147 - 148.

<sup>1117</sup> Esta igualdad entre los fideicomisarios, en cuanto a la proporción y forma en que se ven afectados por el esquema fideicomisario, debe hacerse manifiesta también en el supuesto de que el fideicomiso especial recaiga sobre un bien concreto y determinado, en vez de en cuotas o partes de la legítima. Circunstancia posible porque los llamamientos a la sustitución fideicomisaria especial, igual que ocurre con las ordinarias, según se manifiesta en el art. 789 del CC, pueden hacerse a título de heredero o de legatario. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 141 – 142, 143 y nota 54, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, págs. 783 y 784; PUIG FERRIOL, L., «Protección del Discapacitado: Aspectos Sucesorios», *op. cit.*, págs. 285 y 286 – 287; LEÑA FERNÁNDEZ,

de los fideicomisarios no incapacitados perturbará con el gravamen fideicomisario. Tampoco le es permitido discriminar entre ellos, a los efectos de imponerle a alguno una mayor afectación sobre su porción legitimaria, mientras en la legítima de otros solo recae un gravamen menor. En definitiva, no será admisible un gravamen parcial del fideicomiso excepcional, si alguno de los legitimarios no incapaces deben sufrir el aplazamiento en el recibo de su derecho legitimario y, en cambio, otros perciben su legítima íntegra o parcialmente.<sup>1118</sup>

Dos razones esenciales justifican este criterio. Por un lado, la literalidad del art. 808.4 del CC parece dar a entender que al fideicomitente ascendiente no se le concedió una nueva potestad para desigualar. Por otro lado, el propósito de viabilizar la institución de la sustitución fideicomisaria especial es beneficiar al descendiente incapacitado ampliándole, temporalmente, su protección patrimonial y no servir de mecanismo para perjudicar a alguno de los fideicomisarios no incapaces, respecto de otros. La posposición que en el recibo de su

---

R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 197 - 198. Coincidiendo con lo señalado, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 23 - 24 y 100, añade, entre otras consideraciones, que como la sustitución fideicomisaria excepcional implica una mejora para el fiduciario incapaz y puede mejorarse por cualquier título (arts. 825, 828, 829, entre otros), tanto este como los fideicomisarios no incapaces podrían ser instituidos como herederos o legatarios, dependiendo de la voluntad del causante. Sin embargo, aclara que si el testador no indicó el título bajo el que se constituyó el fideicomiso especial, este habrá sido establecido a título de legado. Conclusión a la que llega siguiendo el criterio de VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La Mejora Tácita: Hacia la Fijación de un Concepto y Concreción de una Prohibición», *op. cit.*, págs. 30 y 32, en cuanto a que la otorgación de la mejora a título de heredero o de legatario dependerá del elemento subjetivo de la voluntad del testador y no del factor objetivo de que la atribución sea de parte alicuota o de cosa cierta. Solo si el testador asigna una mejora sin manifestar si se trata de un legado o de una institución hereditaria, esta se habrá realizado a título singular, sin importar que fuera en cosa cierta o en cuota de herencia. Bajo el fundamento de que aunque el cauce normal de la mejora es el título singular, el mejorado no siempre es un adquirente a título singular. En otras palabras, que no se puede involucrar enteramente la mejora, es decir, el fin perseguido, con el título de legado, que suele ser el medio normal. Máxime cuando los preceptos referentes a la mejora se bifurcan en dos áreas aplicables: la relativa a las donaciones por contrato *inter vivos* y la que se realiza en testamento a título singular.

<sup>1118</sup> TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 421, «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 91; NANCILARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 145; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 126 y 128; RIPOLL SOLER, A., «La Sustitución Fideicomisaria del Nuevo Artículo 808 C.C. Fideicomiso de Residuo», *op. cit.*, pág. 825; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 99, «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados: Algunos de los Problemas que Plantea», *op. cit.*, pág. 262. Aparenta discrepar del parecer de que el gravamen fideicomisario debe perjudicar por igual a todos los fideicomisarios no incapacitados, LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 203, cuando expresa: «[c]laro es que el testador podría disponer lo contrario, es decir que el fideicomiso recayese sólo sobre la legítima estricta de los fideicomisarios **o de alguno de ellos** [...]». (Énfasis suplido). En parecido sentido, PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho Sucesorio como Instrumento de Protección del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 2, *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 129, comenta: «[e]ntendemos que no hay obstáculo para que, si esa es la intención del testador, sólo resulte gravada una parte de la legítima estricta que corresponde a los coherederos, ya sea porque **sólo se impone esta respecto a alguno de ellos** o porque sólo se imponga respecto de una parte de la legítima de cada uno». (Énfasis suplido).

derecho legitimario deben sufrir todos los fideicomisarios no incapaces es únicamente la consecuencia que el legislador impuso para que los fiduciarios se vieran favorecidos con la constitución del fideicomiso excepcional. Tal sacrificio no puede ser padecido solamente por alguno de los hijos o descendientes no incapacitados, puesto que tal pretensión no solo sería contraria al objetivo de la norma, sino que, además, carecería de apoyo legal. Además de que el incapacitado no percibirá beneficios adicionales por el hecho de que el gravamen fideicomisario afecte solo a la porción legitimaria de alguno de los fideicomisarios no incapacitados y no a la de todos.<sup>1119</sup>

Por nuestra parte, somos partidarios de la perspectiva y argumentos doctrinales que sostienen que el objeto de la sustitución fideicomisaria especial no es la totalidad del tercio de legítima estricta, sino la porción que del mismo les corresponde a los descendientes fideicomisarios no incapaces. La alusión expresa que se hace en los arts. 782 y 808.4 del CC e incluso en la Parte VII de la Exposición de Motivos de la LPPPD, en cuanto a que el fideicomiso «grava la legítima estricta» o que se establece sobre el «tercio de legítima estricta», nos parece que es producto de un descuido del legislador en la manera de expresar jurídicamente sus intenciones. Estas expresiones no pueden analizarse de forma aislada, sino como parte del contenido de cada uno de esos preceptos y del preámbulo, para luego proceder a examinarlas conjuntamente, atendiendo siempre a la finalidad perseguida con las normas.

De ninguna manera, el ámbito objetivo del fideicomiso especial puede abarcar a la legítima de los descendientes fiduciarios incapacitados. Tal pretensión no se hizo formar parte expresa del contenido de los preceptos que regulan esta modalidad de esquema fideicomisario. Más bien, tanto del texto del art. 782 del CC como de la Parte VII (b) de la Exposición de Motivos de la LPPPD se desprende que solo se permitirá establecer un fideicomiso sobre la legítima corta si sus beneficiarios son los hijos o descendientes legitimarios incapaces del causante. Entonces, ¿cómo puede afectarse el derecho legitimario del descendiente incapaz con una figura sucesoria especial que, justamente, se viabilizó para protegerlo mediante la atribución de una mejora indirecta?

---

<sup>1119</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 141 - 142, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, pág. 783; NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 145; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, pág. 126; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 99 - 100; RIPOLL SOLER, A., «La Sustitución Fideicomisaria del Nuevo Artículo 808 C.C. Fideicomiso de Residuo», *op. cit.*, pág. 825.

Sería un verdadero despropósito que se interpretara que a pesar de ser el favorecido con la aplicación de la sustitución fideicomisaria excepcional, el incapacitado tendrá que soportar que esta, a su vez, grave su legítima, con el consabido resultado de que no podría disponer libremente de los bienes hereditarios representativos de la misma, ya fuera para generar mayores economías que posibilitaran la atención de sus necesidades vitales o simplemente que estos pasaran a sus sucesores, a su muerte. Supuesto que le proporcionaría más un perjuicio que un beneficio, porque, aunque el fiduciario incapaz puede usufructuar todos los bienes que integran el primer tercio de la herencia, a cambio de ello, al momento de su muerte, al vencimiento del plazo pautado por el causante o a la fecha en que hubiese recuperado su capacidad, se le estaría privando definitivamente de su porción legitimaria en propiedad, que le está legalmente reservada, a favor de los fideicomisarios no incapaces. Contrario a los colegitimarios no incapacitados, cuya afectación de su parte legal en el primer tercio de la herencia, no solo se limita a su disfrute, sin vulnerar su derecho legitimario en propiedad, sino que, además, es temporal. Ante este contexto interpretativo, a nuestro parecer contrario a la finalidad de esta figura sucesoria especial que busca favorecer a los incapacitados con un gravamen fideicomisario sobre la legítima corta, sin que tal afectación implique para ellos la pérdida de su porción legitimaria y que para los no incapacitados únicamente conlleve el aplazamiento en el disfrute de su parte legal, sin duda, mayor beneficio hubiese percibido el descendiente legitimario incapaz si, en base al régimen ordinario, se le hubiera atribuido su legítima en propiedad más la mejora o la libre disposición o, más aún, ambos tercios.

Contrasentido que se hace más patente por el hecho de que esta modalidad de sustitución fideicomisaria solamente se acepta como una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, si, conforme a los arts. 813 y 808.4 del CC, los favorecidos son los descendientes legitimarios incapacitados y los afectados, es decir, los fideicomisarios, son el resto de ellos que no sean incapaces. Esta excepción no será válida si se gravan tanto la legítima de los descendientes incapacitados como la de los no incapacitados. Menos aún, si la porción legitimaria afectada resulta ser la de los incapaces. De manera que como respecto al incapaz persiste la regla general de que la legítima es intangible, será inadmisibles que su legítima sea objeto de gravamen por la sustitución fideicomisaria especial.

Enfoque que, a su vez, tiene lógica en la finalidad general de la LPPPD, que busca proteger patrimonialmente a los discapacitados, donde en el caso particular del fideicomiso especial el beneficiario deberá tratarse de un discapacitado que judicialmente hubiera sido

reconocido como incapaz. De ahí que entendamos que la legítima del descendiente incapacitado queda excluida del gravamen fideicomisario y que, por lo tanto, este tiene libertad dispositiva, *inter vivos* o *mortis causa*, en cuanto a los bienes hereditarios que la componen, ya que los mismos podrán pasar a sus causahabientes y no, necesariamente, a los fideicomisarios no incapaces. En otras palabras, que en su momento los colegitimarios no incapacitados solo percibirán su parte legal en el primer tercio de la herencia y no la totalidad de los bienes fideicomitidos.

Apuntar, además, que apoyamos el criterio doctrinal de que la voluntad del causante será el elemento clave que definirá si la sustitución fideicomisaria gravará total o parcialmente la porción que a los colegitimarios no incapaces les corresponde en el tercio de legítima corta. Si el legislador le confirió al testador la entera discreción de determinar si establece o no un fideicomiso especial que grave todo el derecho legítimo de los descendientes no incapacitados, más aún este podrá tener la facultad para limitar ese gravamen a solo una parte del mismo. Decisión que, sin duda, se tomará al entender que con ese grado de afectación, y quizás con la atribución de una parte, alguno o la totalidad de los restantes tercios de la herencia, bastará para satisfacer las necesidades de los fiduciarios incapacitados, a la vez que se beneficia de alguna manera a los fideicomisarios no incapacitados porque podrán disfrutar inmediatamente de, al menos, una porción de los bienes hereditarios que conforman su legítima.

Significa que, concretamente, son dos las circunstancias que estarán sujetas a la voluntad del testador. Por un lado, el ejercicio de la facultad de instituir o no el fideicomiso especial. Por otro lado, la delimitación del objeto concreto del tercio de legítima corta sobre el que recaerá esta institución sucesoria excepcional, es decir, el derecho legítimo completo de los descendientes fideicomisarios no incapaces o solo una parte del mismo. Sin embargo, es importante aclarar que si el testador opta por gravar parcialmente la legítima de los fideicomisarios no incapacitados, este no tendrá autoridad para seleccionar a aquel o aquellos de los colegitimarios no incapaces que deberán sufrir tal afectación. Dicha facultad no le fue delegada.

En el art. 808.4 del CC se establece claramente que en el fideicomiso especial, los descendientes legítimos fiduciarios serán los incapacitados, mientras los fideicomisarios deberán ser el resto de colegitimarios no incapaces. Es decir, todos los descendientes no incapaces, no alguno o algunos o uno o unos, tendrán que tolerar el gravamen fideicomisario sobre su porción legal en el tercio de legítima estricta. Ya que el bienestar que le genera la sustitución fideicomisaria especial al fiduciario incapaz está vinculado al gravamen que esta

institución sucesoria supone para el derecho legitimario de los fideicomisarios no incapaces. En el caso de que la afectación sea parcial, esta deberá ser asumida, conjunta y equitativamente, por todos los descendientes legitimarios no incapacitados porque lo contrario no implicaría beneficio alguno para los incapacitados, sino más bien un discrimen entre los fideicomisarios, que ni está permitido por la ley ni forma parte del objetivo de la norma.

Otra cuestión más sobre la que hay disparidad de opiniones doctrinales es la referente a si la constitución de la sustitución fideicomisaria especial está supeditada, o no, a que el testador haya dispuesto, también, del resto de su herencia en beneficio de su descendiente incapacitado. En otras palabras, si a favor del fideicomitente, al decantarse este por instituir el fideicomiso excepcional, se origina la obligación legal de tener que dejarle al fiduciario incapaz, además, la mejora y la libre disposición, ya sea en propiedad o haciendo extensivo el gravamen fideicomisario a estos dos tercios de su caudal hereditario.<sup>1120</sup>

Concretamente, son tres las tendencias doctrinales suscitadas entorno a este asunto. Aquella que sujeta el ejercicio de la facultad de establecer esta figura fideicomisaria especial a que el testador le atribuya el segundo y tercer tercio de su herencia al incapacitado. La que se inclina por la solución intermedia de que la sustitución fideicomisaria especial está supeditada a que el testador le conceda, también, el tercio de mejora a su hijo o descendiente incapacitado. Y la que piensa que dejarle todos sus bienes al fiduciario incapaz no es producto de una imposición legal que se debe cumplir para poder instituir el fideicomiso excepcional, sino más bien un acto que el fideicomitente tiene la libertad de realizar si así lo estima conveniente. Pasemos a examinar los argumentos en los que se fundamentan cada una de estas corrientes doctrinales.

Los defensores de la primera teoría consideran que la única forma de cumplir efectivamente con la finalidad de la LPPPD, manifestada en su Exposición de Motivos, de beneficiar al fiduciario incapaz, es concediéndole una cuantía mayor que la que el testador le podía asignar, previo a la reforma del CC efectuada por dicho estatuto. Se refiere a que al descendiente incapacitado se le debe haber atribuido su parte legal en la legítima estricta y la

---

<sup>1120</sup> Véase: GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 7, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 152 – 153; MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «“Quo Legítima Tangitur”: La Intangibilidad Cualitativa de la Legítima», *op. cit.*, pág. 76. En contra, en parte, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 104, sostiene que «[n]o cabría, sin embargo, extender sobre el tercio libre o sobre el de mejora, la sustitución fideicomisaria que estudiamos, no sólo porque muchas veces no se estaría superando el máximo de lo que el fiduciario podía recibir antes de la reforma, dado que no puede equipararse la propiedad temporal con la propiedad definitiva – lo que será más evidente cuanto mayor sea la edad del incapacitado –, sino también porque sólo se puede gravar la legítima cuando no haya otro modo de dejar más bienes al incapacitado».

totalidad de la mejora y de la libre disposición. Y solamente respecto a este límite máximo, el fideicomitente, también, podrá constituir una sustitución fideicomisaria especial, ya se trate de un gravamen total o parcial, a su favor.<sup>1121</sup>

De manera que la admisibilidad de la sustitución dependerá de que con ella el testador pretenda favorecer realmente a su hijo o descendiente incapacitado. No siendo suficiente que se le deje su legítima y que se le designe como fiduciario de un fideicomiso que recaer sobre la porción legitimaria de los fideicomisarios no incapaces, puesto que similar cuantía de derecho sucesorio, o, incluso, una mayor, se le podía ofrecer desde antes de la reforma de la LPPPD. Además de que el fideicomiso especial se estaría utilizando para evitar tener que recurrir al segundo y tercer tercio de la herencia para contribuir patrimonialmente a las necesidades vitales del incapacitado y, así, poder asignarle estas porciones a otras personas, que no tienen que ser necesariamente legitimarias y que, además, podrían ser no incapaces. En otras palabras, la sustitución fideicomisaria excepcional estaría sirviendo más bien para favorecer, indirectamente, a los extraños con el tercio libre y a otros descendientes, fueran o no legitimarios, con la mejora, en lugar de servir de instrumento sucesorio para beneficiar a los hijos o descendientes incapaces, propósito para el que, justamente, fue que se permitió.<sup>1122</sup>

En ese sentido, se entiende que el testador deberá optar entre beneficiar al incapacitado con el máximo legal posible o favorecer tanto a este como a un tercero, legitimario o descendiente. Si escoge la primera alternativa podrá ejercer la facultad de establecer el fideicomiso sobre la totalidad o una parte del derecho legitimario de los fideicomisarios no incapacitados, además de conferirle su legítima y toda la porción libre y de la mejora. En cambio, si selecciona la segunda opción, y tratándose de un tercero el segundo sujeto

---

<sup>1121</sup> MORENO FLÓREZ, R. M.<sup>a</sup>, «La Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», *op. cit.*, págs. 1008 – 1009; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 100, «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados: Algunos de los Problemas que Plantea», *op. cit.*, págs. 263 - 264; NUÑEZ NUÑEZ, M., «Algunas Reflexiones – Negativas – al Gravamen sobre la Legítima Corta Después de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, (coord.) J. Pérez De Vargas Muñoz, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2006, pág. 680. Véase, también, SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, pág. 115, *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 447 – 448, comentando, además, en este último escrito que, aunque el elemento cuantitativo del patrimonio hereditario no se abordó en la LPPPD, situación que piensa puede generar «distorsiones inaceptables», la asignación al incapacitado de su legítima, de la mejora, de la libre disposición y de un fideicomiso especial sobre la porción de la legítima estricta correspondiente a los colegitimarios no incapaces, debe ser consecuencia de una herencia cuya cuantía limitada no permita que las necesidades vitales del incapaz se puedan satisfacer por las reglas ordinarias.

<sup>1122</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 100, «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados: Algunos de los Problemas que Plantea», *op. cit.*, págs. 265 - 267.

favorecido, podrá asignarle el tercio de libre disposición al extraño, mientras al incapacitado le puede dejar su porción legitimaria y el tercio de mejora, sin poderle atribuir, como fiduciario, el derecho legitimario que el resto de descendientes tiene en el primer tercio de la herencia, ya que estaría impedido de constituir esa modalidad excepcional de fideicomiso. En definitiva, que solo se pueden gravar las legítimas de los descendientes no incapacitados con el esquema fideicomisario especial, si, previamente, se agotaron las vías alternas para proteger al hijo o descendiente incapacitado, es decir, el tercio de mejora y el de libre disposición. Resultando en que el fiduciario incapaz se quedará con la totalidad del patrimonio hereditario del causante, exceptuando lo correspondiente al usufructo viudal y a la parte del tercio de legítima estricta a la que tienen derecho los fideicomisarios no incapacitados, perteneciéndole esta última solo temporalmente porque a su muerte, a la recuperación de su capacidad, o al vencimiento de un plazo, la misma deberá pasar a ellos, sin limitación alguna.<sup>1123</sup>

Se piensa que el sacrificio del sistema legitimario no tendría justificación alguna, si resulta insignificante el beneficio patrimonial que el incapacitado obtiene por virtud del mismo. Debido a que el causante le atribuya, por no haberse prohibido expresamente en la LPPPD, el tercio de libre disposición y la mejora a destinatarios distintos al incapacitado, mientras a este solo le asignó su cuota legitimaria en propiedad y, como fiduciario, la porción que del primer tercio de la herencia le corresponde a los descendientes fideicomisarios no incapaces. Este proceder, manifiesta cierta autora, burlaría el espíritu de la LPPPD, en el que, precisamente, se inspiró la reforma de los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC, que lógicamente propició que se ampliara la libertad dispositiva del testador para que pudiera beneficiar al incapacitado con, prácticamente, la totalidad del acervo hereditario, salvo la

---

<sup>1123</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., págs. 101, 103 – 104, 105 y 106 - 107. Para mantener coherencia con su postura, respecto a las donaciones realizadas en vida por el causante, esta autora estima que con la concesión de la facultad de establecer la sustitución fideicomisaria especial, al testador, indirectamente, también se le está otorgando la posibilidad de definir qué del contenido de su caudal hereditario será porción disponible. De ahí que si opta por ejercer la potestad de instituir el fideicomiso especial, tanto la mejora como la libre disposición dejarán de ser parte disponible a favor de extraños, descendientes en general o legitimarios, ya que el único beneficiario de ambos tercios deberá ser el fiduciario incapacitado. Significa que tendrá que reducirse toda donación realizada, a costa de estos dos tercios, a extraños o legitimarios no incapaces. Parecer que entiende se ajusta más al «fin de la Ley de favorecer al incapacitado y con la voluntad del causante de beneficiarlo, y porque lo contrario llevaría al causante indeciso a no favorecer, durante su propia vida, a otras personas, pudiéndolo hacer, por el temor de no poder ejercer la facultad que le atribuye el a. 808, p.[4] C.c. en un futuro; lo mismo cabe decir respecto al causante que no se percata de la situación en que estará a su muerte el incapacitado, hasta después de haber realizado las donaciones a favor de otras personas, caso en que, de no seguir tal postura, el incapacitado resultaría perjudicado. En cuanto a las donaciones hechas a legitimarios no incapacitados imputables a su legítima, permanecerán en cuanto quepan en la parte de legítima no afectada por la situación, en lo que no quepan se reducirán y quedarán sometidas a la sustitución fideicomisaria, recuperando los fideicomisarios los bienes en que consistieran a la muerte del fiduciario o cuando se cumpliera el plazo». (en la pág. 106).



parte afectada con el fideicomiso especial y el usufructo del cónyuge viudo, de manera que este pudiera afrontar sus previsibles necesidades vitales. Además de que, según su criterio, podría provocar la desheredación tácita de los descendientes legitimarios no incapacitados porque se verían obligados a soportar el gravamen del fideicomiso sobre su derecho legitimario, no en beneficio del incapacitado, sino de un tercero al que el causante le dejó el tercio libre y de un descendiente al que le confirió la mejora.<sup>1124</sup>

Asunto este último que, particularmente, ponemos en controversia, aunque en general, y por las razones que expondremos más adelante, no apoyamos esta postura doctrinal, porque, por un lado, jurídicamente no son permisibles las desheredaciones implícitas, sino solo las explícitas, y, por otro lado, las causas para desheredar están expresamente señaladas en el art. 848 del CC. No hay otras más que las dispuestas en dicho precepto y solo estas pueden ser objeto de una interpretación flexible, acorde a la realidad social, la cultura y los valores imperantes de la actual sociedad.<sup>1125</sup> A lo que se añade que el testador estaría, simplemente, ejerciendo su autonomía testamentaria, que respecto a esos dos tercios de la herencia no ha variado, a pesar de la reforma introducida por la LPPPD.

Incluso, basándose en el principio de que la única forma de que un gravamen se impute a la legítima corta es ante la ausencia de otra alternativa, es decir, debido a que el mismo no cupo en el segundo y tercer tercio de la herencia, que se desprende de la regulación contenida en los arts. 636, 819, 825 y 828 del CC, algún autor afirma que el fideicomitente está impedido de imputar la sustitución fideicomisaria al tercio de legítima estricta, sin antes haber agotado las opciones de los tercios de mejora y el de libre disposición. Entendiéndose que para compensar el sacrificio de los fideicomisarios no incapaces, el testador puede optar por hacer extensivo el fideicomiso a otros bienes hereditarios diferentes a los que se incluyen como parte de su legítima e inclusive, respecto a los mismos, hacer asignaciones desiguales entre ellos.<sup>1126</sup>

La autora<sup>1127</sup> que defiende la postura intermedia sostiene que con la institución del fideicomiso especial a favor del incapacitado, el testador ve disminuidas, al menos en parte,

---

<sup>1124</sup> NUÑEZ NUÑEZ, M., «Algunas Reflexiones – Negativas – al Gravamen sobre la Legítima Corta Después de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, págs. 681 – 682.

<sup>1125</sup> Véase: STS núm. 258 de 3 de junio de 2014, *supra.*; STS núm. 59 de 30 de enero de 2015, *supra.*

<sup>1126</sup> MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «“Quo Legítima Tangitur”: La Intangibilidad Cualitativa de la Legítima», *op. cit.*, págs. 75 - 76.

<sup>1127</sup> DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», en *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, (coord.) J. Pérez de Vargas Muñoz, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2006, págs. 79, 80 y nota 82, «La Protección

las facultades legales de disposición *mortis causa* que, de ordinario, tiene sobre los dos tercios restantes de su herencia. Es su parecer que no es coherente que se permita aplicar el remedio excepcional de gravar el tercio de legítima estricta con una sustitución fideicomisaria, si no se utiliza, además, el remedio ordinario de disponer de la mejora a favor del fiduciario incapaz. Máxime cuando ese segundo tercio le corresponde, precisamente, al grupo parental de descendientes, de acuerdo a la voluntad del causante. De ahí que entienda que la sustitución fideicomisaria sobre la legítima corta en beneficio del incapacitado, solo será posible si el fideicomitente también le dejó a este el tercio de mejora, el que, a su vez, de haber cónyuge supérstite, estará gravado con el usufructo viudal, que se dispone en el art. 834 del CC.

Acepta esta estudiosa<sup>1128</sup> que el tenor literal del art. 808.4 del CC, unido al hecho de que no fueron objeto de modificación los otros apartados de este precepto que están relacionados con la facultad de mejorar, ni incluso otros artículos referentes a la mejora, como, por ejemplo, el art. 823 del CC, y con el tercio de libre disposición, no impide que el fideicomitente pueda, a la misma vez, establecer un gravamen fideicomisario sobre el primer tercio de la herencia en beneficio del fiduciario incapaz y atribuirle el tercio libre a quien le plazca y el de mejora a alguno de sus hijos o descendientes no incapaces o, incluso, dejarle ambos tercios de su patrimonio hereditario a los fideicomisarios no incapaces. Sin embargo, no encuentra sentido en que se permita que el fideicomitente grave el tercio de legítima corta para favorecer a los descendientes legitimarios incapaces y que ese interés por el bienestar de este colectivo se diluya respecto a los dos restantes tercios de la herencia sobre los que el testador preserva su capacidad dispositiva *mortis causa*.

Es su criterio que la finalidad que perseguía el legislador con la reforma de la LPPPD al CC, en sede de sucesiones, era que el testador, a su fallecimiento, pudiera dejarle todos los bienes hereditarios posibles a su descendiente legitimario incapaz, por considerar que sería el que más apoyo necesitaría, a pesar de que ello supusiera un perjuicio, al menos temporal,

---

Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 895, 896 y nota 130, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 290, 291 y notas 80 y 81, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 17, 18 y nota 79.

<sup>1128</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1057, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, págs. 78 - 80 y notas 77 y 78, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 894 - 896 y notas 125 y 126, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 289 - 291 y notas 75 y 76, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 17 y 18 y notas 74 y 75.

para el resto de colegitimarios descendientes. Y no que el testador se aproveche de la herramienta sucesoria de la sustitución fideicomisaria para justificar la afectación al derecho legitimario de los fideicomisarios no incapaces en un exiguo beneficio para el fiduciario incapacitado, puesto que dispone como quiere de los otros dos tercios de su caudal hereditario, considerando que en el caso de la mejora debe atribuirla entre los sujetos mejorables, es decir, sus hijos o descendientes. Por eso, su planteamiento de que el testador no conserva íntegras sus potestades dispositivas *mortis causa* respecto a estos dos tercios, sino que estas se ven limitadas en cuanto al tercio de mejora. Es decir, para poder constituir el fideicomiso especial, el fideicomitente debe haberle dejado al incapaz, también, el segundo tercio del caudal hereditario.

Excluye de esta ecuación al tercio de libre disposición, por entender que respecto al mismo el testador continuará disfrutando de total libertad para distribuirlo, según su mejor criterio. En otras palabras, que la institución de la sustitución fideicomisaria especial no estará supeditada a que al incapaz se le haya asignado, además, el tercer tercio de la herencia. Perspectiva que la autora justifica en varias consideraciones.<sup>1129</sup> Primero, en los arts. 782, 808 y 813 del CC no se dispone claramente que, como consecuencia del ejercicio de la facultad de establecer el fideicomiso especial, se elimina totalmente la libertad de testar del ascendiente causante. Como la autonomía testamentaria está tan limitada en el sistema legitimario del CC, era preciso que su completa supresión, aunque fuera como parte de un supuesto especial, se hubiera dispuesto expresamente en la ley. Segundo, no se puede olvidar que, además de los incapacitados, hay otros intereses del testador que también requieren protección. Por ejemplo, es usual que, entre sí, los cónyuges se quieran dejar protegidos para que en caso del fallecimiento de alguno, el otro no quede desamparado, sino más bien en una situación similar a la que tenía cuando ambos estaban vivos. Para ello, y como complemento de la irrisoria legítima viudal, se suele incluir el tercio de libre disposición como parte del derecho sucesorio de cada cual. Alternativa que no resulta perjudicial para el fiduciario incapacitado porque, de ser un descendiente común, será el cónyuge sobreviviente el que asumirá su cuidado, a la muerte del ascendiente testador.

---

<sup>1129</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 896 - 897, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 291 - 291, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, págs. 80 - 81, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 18 - 19.

Por su parte, cierto autor<sup>1130</sup> mantiene un enfoque no del todo claro porque con sus argumentaciones aparenta fluctuar entre la primera tesis y una de alguna manera intermedia. Acepta que la normativa es bastante clara en cuanto al máximo que el hijo o descendiente legitimario incapaz podrá recibir con el establecimiento de la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima corta. Se refiere a que, exceptuando el usufructo viudal, este percibirá prácticamente la totalidad del caudal hereditario del causante, es decir, el segundo y el tercer tercio de la herencia íntegros y el disfrute de la totalidad de la legítima estricta, cuyos bienes hereditarios representativos de este primer tercio deberá conservar porque a su muerte tendrán que pasar a los descendientes legitimarios no incapaces. Sin embargo, reconoce que el legislador obvió determinar, a pesar de entender que era su responsabilidad hacerlo, el límite mínimo que debía percibir el fiduciario incapacitado del patrimonio hereditario para poderse constituir el fideicomiso especial. En otras palabras, que no se definió el beneficio mínimo que debía obtener el incapaz para que se justificara la desactivación temporal del sistema legitimario de intangibilidad cualitativa. En definitiva, para que fuera razonable el gravamen a la porción legitimaria de los descendientes no incapacitados y que, por ende, no resultara absurda la ampliación de la libertad dispositiva *mortis causa* del testador.

Ante tal apreciación, este estudioso de forma un tanto ambivalente, por un lado, expresa que «[...] la razón de fondo del legislador de la reforma es que se beneficie efectivamente al incapacitado, no que se le deje poco más o menos como estaba, pero perjudicando, además, al resto de los legitimarios».<sup>1131</sup> Mientras, por otro lado, respecto a la alternativa de que se subordine la institución de la sustitución fideicomisaria especial a la atribución íntegra de la mejora y la libre disposición al incapacitado, sostiene que «[...] esta solución nos llevaría a identificar la que antes hemos llamado línea de máximo con la línea de mínimo y recortaría demasiado la libertad dispositiva del causante». Añadiendo que el beneficio mínimo no tiene porque coincidir «[...] con el máximo atribuible al incapacitado (aunque podría hacerlo), pero tampoco parece razonable que la permisón legal del gravamen de la legítima se pueda terminar utilizando más para perjudicar a los colegitimarios del incapaz que para beneficiar a éste».<sup>1132</sup> Para después volver a enfatizar en que no se puede justificar el sacrificio del sistema legitimario en el beneficio de cualquier otro mejorado y

---

<sup>1130</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 120 - 121, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, págs. 777 - 778.

<sup>1131</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 121.

<sup>1132</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 122.

destinatario del tercio libre. Llegando, así, a concluir que el gravamen fideicomisario de la legítima corta no tendrá problema alguno de admisibilidad, si el mismo se utiliza exclusivamente para beneficiar al incapacitado, pero que, en términos prácticos, podrá ser objeto de cuestionamiento si no se usa únicamente a favor de este colectivo. A modo de resumen, la opuesta interpretación de este autor se puede percibir en las siguientes expresiones:

«Pensamos que si algún sentido puede tener la nueva norma legal es el de permitir el avance o mejoramiento de la posición del incapacitado en cuanto a la percepción por éste de bienes del causante. Por eso, el gravamen de la legítima de los demás legitimarios hay que entenderlo justificado en la medida en que ese avance efectivo de la posición del incapacitado se produzca realmente. Entendemos que ese mejoramiento del incapacitado se debe cuantificar desde aquella cantidad que resultaría insuperable para el testador en el caso de que quisiera atribuir más bienes al incapacitado. Así, cualquier causante, sin necesidad de gravar la legítima, puede disponer en favor de un descendiente que sea legitimario de la totalidad de la parte libre y de la mejora, más la cuota concreta que le corresponda al mismo en la legítima estricta. Por tanto, se debería entender que el gravamen de la legítima sólo va a resultar permitido en el caso en que se quieran destinar al incapacitado todavía más bienes. Garantizada esta mayor percepción por el incapacitado, tanto dará que el resto de los bienes de la masa se destinen a extraños, o a sujetos que puedan ser mejorados (p. ej., nietos en vida de sus padres), como que se destinen a los demás legitimarios, siempre – claro está – que los legitimarios queden al menos beneficiados en su legítima estricta como segundos llamados en la sustitución fideicomisaria.

Pongamos un ejemplo: el causante tenía tres hijos, uno de los cuales está incapacitado. La masa computable a efectos de la legítima es de 90. Por tanto, sin necesidad de usar la facultad de gravamen de la legítima, el incapacitado puede recibir 70 de la herencia (tercio libre y de mejora completos, más su porción viril de legítima estricta), y sus dos hermanos cada uno 10, como legítima estricta. Lo que vendría a permitir la nueva norma es que el incapacitado acreciente su participación en la herencia por encima de esa cifra, siempre que se garantice, al menos, que los legitimarios perciben la legítima estricta como fideicomisarios».<sup>1133</sup>

En un extremo totalmente contrario, se acepta que la LPPPD estableció la posibilidad excepcional de que se pudiera gravar con una sustitución fideicomisaria la parte del primer tercio de la herencia correspondiente a los legitimarios no incapaces para favorecer a los descendientes legitimarios incapacitados. Ante la regla general de que la legítima corta pertenece en partes iguales a los legitimarios y ninguna de estas podrá gravarse a favor de otro. Sin embargo, se entiende que dicho estatuto no exige que el testador le hubiera dejado toda la herencia al incapacitado, exceptuando el usufructo viudal sobre el tercio de mejora y las legítimas gravadas del resto de legitimarios, para que este pudiera ser fiduciario. A través

---

<sup>1133</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 123, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, págs. 778 - 779.

del mismo, únicamente se amplía las opciones del testador para poder beneficiar al incapaz, ya no solo con el segundo y tercer tercio del caudal hereditario y su parte de la legítima estricta, sino también con la sustitución fideicomisaria sobre la porción que de esta les corresponde al resto de colegitimarios. Exclusivamente, se le autoriza a utilizar todos estos mecanismos en beneficio del incapacitado, pero no se le impone. En otras palabras, el establecimiento del fideicomiso especial no está supeditado a que al descendiente legitimario incapaz se le deje todo el patrimonio hereditario, menos el gravamen sobre la legítima de los fideicomisarios no incapacitados y el usufructo viual sobre la mejora. Será el testador el que deberá decidir cómo distribuir su herencia, considerando las necesidades del incapaz, los riesgos de que este fallezca pronto y las situaciones particulares de quienes le podrían suceder. En definitiva, que el perjuicio que ocasiona la sustitución fideicomisaria en la porción legitimaria de los colegitimarios no incapaces es una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima que está permitida por el art. 813.2 del CC, siempre que se haya establecido en beneficio del hijo o descendiente incapacitado y sin la necesidad, porque no hay texto legal que así lo exija, de que el testador le haya dejado, a su vez, el resto de su herencia.<sup>1134</sup>

---

<sup>1134</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., «A Vueltas con la Sustitución Fideicomisaria que Grava a Favor de un Descendiente Incapacitado. La Legítima Estricta de los Demás», *op. cit.*, págs. 169 y 171 - 173. De esta forma, este autor suavizó el criterio que sobre esta misma cuestión había manifestado en otro escrito, dos años antes. Originalmente, ALBALADEJO GARCÍA, M., «El Gravamen con una Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado de la Legítima Estricta de los Demás Descendientes», *op. cit.*, págs. 39 - 40, 45 - 46 y 47 - 48, era partidario de la discutida primera postura que promueve que la aplicación de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta a favor del descendiente legitimario incapacitado está sujeta a que el testador le hubiera atribuido, además, el tercio de mejora y el de libre disposición. Opinaba que el fideicomiso sobre la porción legitimaria de los demás legitimarios era el recurso adicional y último, en el caso de que el testador entendiera que ni con los bienes incluidos en el tercio de mejora y en el de libre disposición podrían satisfacerse las necesidades vitales del incapacitado. De lo contrario, no tendría sentido gravar la parte de la legítima corta que le corresponde a los demás legitimarios, siendo esta el mínimo legal al que tienen derecho. Era su criterio que la ley interpretada correctamente excluía la posibilidad de que el testador pudiera atribuir el tercio de mejora a otros descendientes y el de libre disposición a extraños, aunque el legislador no lo hubiera establecido expresamente. De ahí su pasada afirmación de que debía invalidarse aquella sustitución fideicomisaria que se constituyó a favor del descendiente incapacitado, sin que el testador le hubiese atribuido, también, a este los bienes que conforman el segundo y tercer tercio de su caudal hereditario. Aclarando más aún su anterior postura, ALBALADEJO GARCÍA explicó que si el testador constituyó un fideicomiso especial a favor del incapacitado y, además, le atribuyó a este algo del tercio libre y el de mejora, debía rebajarse el valor de la sustitución en la parte que valiera lo no dejado del segundo y tercer tercio de la herencia. El efecto sería que al descendiente incapacitado se le reduciría la sustitución, a los otros legitimarios se les disminuiría el gravamen sobre sus legítimas y a aquellos a los que se les había dejado parte de ambos tercios, que no se le había asignado al incapacitado, los perderían. Ya que debía prevalecer la liberación del gravamen sobre la legítima estricta, que en principio es intocable, cuando esta se contrapone a la parte de la mejora y del tercio libre que el testador le dejó a personas distintas al incapacitado. Pasado criterio que fundamentaba en: (1) la prevalencia del sentido común ante la letra de la ley, que pudiera aparentar no prohibir la constitución de la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado cuando aún haya bienes disponibles en el segundo y tercer tercio de la herencia para asignárselos; (2) se debe desistir de gravar la legítima corta, mientras haya bienes en el tercio de mejora y el de libre que se le puedan atribuir al incapaz; (3) la sustitución fideicomisaria especial en beneficio del incapacitado se puede salvar en parte, si una porción de esta se cambia por los bienes de mejora y los de libre disposición, que no fueron atribuidos a este por el testador.

La libertad dispositiva *mortis causa* del testador no le es arrebatada cuando decide optar por ejercer la facultad de instituir una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta en beneficio de su descendiente incapaz. Antes y después de la reforma al CC por la LPPPD, el causante continua disfrutando de una plena libertad para decidir a quién asignarle la libre disposición y para elegir a cuál, o cuáles, de sus hijos o descendientes beneficiará con el tercio de mejora. Con la modificación del art. 808 del CC, el legislador se concentró en alterar excepcionalmente la naturaleza del tercio de legítima corta para permitir que esta pudiera gravarse y destinarse, temporalmente, en su totalidad a la satisfacción de las necesidades del hijo o descendiente incapacitado del testador. Los otros dos tercios de la herencia quedaron inalterados y por vía de interpretación no se le puede privar al testador de su derecho a disponer libremente de los mismos, más aún cuando la propia ley no le ha prohibido a ello. Significa que, ante el establecimiento del fideicomiso especial, se delegó en el criterio y en la entera voluntad del testador la determinación de si beneficiará al fiduciario incapaz con todo su patrimonio hereditario o solamente con el primer tercio de su herencia, asignándole la libre disposición a un extraño y la mejora a alguno de sus descendientes no incapaces.<sup>1135</sup>

Parecer que se entiende justificado en la propia Exposición de Motivos de la LPPPD, en la medida en que en la misma se hace manifiesto que el beneficio que se busca que el testador le brinde al fiduciario incapaz es el gravamen fideicomisario del tercio de legítima estricta, que, precisamente, se hace posible mediante la figura sucesoria de la sustitución fideicomisaria especial, y no una impuesta atribución en propiedad o en fideicomiso de los bienes hereditarios que integran el segundo y tercer tercio del caudal hereditario del ascendiente causante. Aunque, no se excluye la posibilidad de que el beneficio a este colectivo se haga extensivo a esos dos tercios del caudal hereditario, de entenderlo conveniente el testador. Análisis que se basa, por un lado, en el hecho de que esta modalidad de sustitución fideicomisaria constituye un gravamen legitimario excepcional y, por otro lado, en una interpretación objetiva de las normas que la regulan, en el sentido de que sus

---

<sup>1135</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., págs. 145 – 146; PEREÑA VICENTE, M., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima ¿Piedra Angular del Sistema de Protección de los Incapacitados?», op. cit., págs. 691 - 692, *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, op. cit., pág. 128; SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I*, op. cit., pág. 1031. Véase, también, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Algunas Cuestiones Sobresalientes en la Reforma del Código Civil sobre la Protección de las Personas Discapacitadas o Incapacitadas», op. cit., págs. 708 – 709.

textos no dicen más de lo que dicen, al menos hasta que la jurisprudencia no establezca lo contrario.<sup>1136</sup>

Además de que sería contraproducente admitir, sin ni siquiera haberse hecho referencia a ello en los textos legales de los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC, que la institución de la sustitución fideicomisaria especial está condicionada a que el testador cumpla con la obligación legal de dejarle todo su patrimonio hereditario a su hijo o descendiente incapacitado. Ya que esa limitación extrema de la autonomía del testador para disponer de sus bienes *mortis causa*, podría propiciar que este optara por no hacer uso de la facultad de establecer el fideicomiso especial en beneficio del incapaz. Actuación que de forma colectiva, sin duda, haría inoperante esta figura sucesoria excepcional.<sup>1137</sup>

Otro estudioso<sup>1138</sup> recalca que es una mera posibilidad, y no una imposición legal, que el gravamen fideicomisario sobre la legítima estricta se haga extensivo también al tercio de libre disposición y al de mejora. Afirma que después de la reforma de la LPPPD, el Código Civil solo reconoció expresamente la posibilidad de que se gravara el primer tercio de la herencia con una sustitución fideicomisaria a favor del fiduciario incapacitado. Reconocimiento expreso que, entiende, era preciso ante el hecho de que hasta ese momento era inaceptable que se afectara el tercio de legítima corta. Y, en cambio, tal clase de gravamen ha sido admitido tanto respecto al tercer tercio de la herencia como en cuanto al segundo, siempre que en este último caso la afectación se hubiera establecido en beneficio de los legitimarios o descendientes del causante, conforme se dispone en el art. 824 del CC. Circunstancia que, unida al hecho de que no fue excluida explícitamente de los textos legales, podría justificar que el fideicomiso especial se extendiera a la totalidad del caudal hereditario. No obstante, al ser solo una posibilidad, enteramente dependiente de la voluntad del fideicomitente, sería perfectamente factible que la sustitución fideicomisaria se limitara al

---

<sup>1136</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 192, que, entre otras cosas, pide que se tome en cuenta «que en la Exposición de Motivos (VII – b) se dice lo siguiente: “*Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente incapacitado*” [el subrayado es del autor]. Pues bien, el “ello” contenido en este párrafo, unido como está al “solo” por el adverbio “cuando”, claramente expresa que el beneficio necesario que el testador ha de conseguir para el incapacitado-fiduciario con la figura que regula (el fideicomiso legitimario), es precisamente el que se obtiene con “ello”, es decir con el gravamen fideicomisario de la legítima estricta y no con la atribución en propiedad o en fideicomiso de otros bienes, aunque no excluya, ¡naturalmente! que, además, el beneficio pueda extenderse a bienes comprendidos en los tercios de libre disposición y de mejora».

<sup>1137</sup> SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I*, *op. cit.*, pág. 1031.

<sup>1138</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 152 - 153, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 7 - 8.



tercio de legítima corta. Puesto que para que la institución de la sustitución fideicomisaria especial estuviera supeditada a que el fideicomitente extendiera su aplicación a todos sus bienes hereditarios, hubiese sido necesario que tal obligación se impusiera claramente o, siendo más razonable, que se le hubiera exigido que le dejara al incapacitado, además, el tercio libre.

Por su parte, algún autor<sup>1139</sup>, igualmente, coincide en que la misma literalidad del vigente Código Civil lleva a concluir que el testador podrá, al mismo tiempo, gravar con una sustitución fideicomisaria la porción legitimaria de los fideicomisarios no incapaces para favorecer al fiduciario incapaz y disponer en su testamento que el segundo y tercer tercio de su herencia le sean atribuidos a personas diferentes al incapacitado. Razonamiento que resulta beneficioso para el testador porque no solo conservaría su autonomía para disponer *mortis causa* de los bienes hereditarios que componen la mejora y la libre disposición, sino que, además, sus facultades decisorias se harían extensivas al tercio de legítima estricta. Según su parecer, el legislador no impuso al fideicomitente el requisito de que le dejara toda su herencia al hijo o descendiente incapacitado para poder ejercer la potestad de establecer el fideicomiso especial. Únicamente facilitó que el testador, a su discreción, pudiera atribuirle la totalidad de su patrimonio hereditario a este colectivo. A pesar de ello, acepta que hay inconsistencia entre la literalidad y la *ratio legis* de las normas y el sistema legitimario.<sup>1140</sup>

De las tres tendencias discutidas, nosotros somos partidarios de la tercera. La letra de los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC no le impone al testador la obligación de conferirle el segundo y tercer tercio de su herencia al fiduciario incapaz, si es su deseo, además, establecer la sustitución fideicomisaria especial a favor de este. Más concretamente, el ejercicio opcional de la facultad de instituir el fideicomiso excepcional no depende, a su vez, de que el

---

<sup>1139</sup> NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, págs. 148 – 151.

<sup>1140</sup> Por un lado, la intención legislativa de permitir la institución del fideicomiso especial era proveerle al testador de otra herramienta sucesoria para que pudiera darle a sus descendientes incapacitados una protección patrimonial mayor de la que podía ofrecerles antes de la reforma al CC por la LPPPD. Mientras, por otro lado, el contenido de los arts. 782 y 808.4 del CC hace admisible que el fideicomitente le atribuya el tercio de legítima al incapacitado e íntegramente el tercio de libre disposición a un extraño y el de mejora a alguno de sus hijos o descendientes no incapaces, con el resultado de que estos dos últimos recibirían más bienes hereditarios que el primero. Haciéndose injustificable que los fideicomisarios no incapaces tuvieran que sufrir el gravamen fideicomisario sobre su porción legitimaria, en términos prácticos, más bien para el beneficio de terceras personas y no para el del fiduciario incapacitado, sujeto para el que, precisamente, fue que se viabilizó esta herramienta sucesoria. En definitiva, que esta excepción a la regla general de la intangibilidad cualitativa de la legítima no estaría justificada en la garantía de que se estuviera protegiendo patrimonialmente a los descendientes incapaces. De ahí que sea su criterio que lo único que hubiera solventado estas incongruencias, sería una nueva redacción de los preceptos en la que el establecimiento de la sustitución fideicomisaria especial se sujetara a un criterio, que sirviera para conciliar el fundamento protector de esta institución sucesoria con la libertad dispositiva del causante. NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, págs. 149 – 150.

fideicomitente cumpla con dejarle el resto de su patrimonio hereditario al descendiente legitimario incapacitado. Según el texto del art. 782 del CC y de la Parte VII (b) de la Exposición de Motivos de la LPPPD, el beneficio que el testador debe proveerle a su hijo o descendiente incapacitado es aquel que se deriva de la aplicación de la figura sucesoria de la sustitución fideicomisaria, que, justamente, es el gravamen fideicomisario sobre la legítima corta. Es decir, el disfrute mientras viva, o hasta el vencimiento de un término o la recuperación de su capacidad, de un fideicomiso sobre los bienes hereditarios representativos de la porción legitimaria de los hijos o descendientes no incapacitados, además de su correspondiente derecho legitimario en propiedad. No tiene que ver con la atribución en propiedad o fideicomiso de los bienes que integran el tercio de mejora y el de libre disposición.

Recordemos que este esquema fideicomisario especial es una excepción a la regla general de la no admisibilidad de gravamen sobre la legítima estricta. De ahí que las dudas en cuanto a su naturaleza y funcionamiento en general, luego de efectuar una hermenéutica literal, conjunta con otras normas relacionadas y, en definitiva, cónsona con su finalidad, deben resolverse con un enfoque más bien restrictivo que extensivo.

Evidentemente, el legislador amplió la libertad dispositiva del testador con esta modalidad de sustitución fideicomisaria. Evento que, indudablemente, le permite al testador poder dejarle a su hijo o descendiente legitimario incapaz, esencialmente, todo su caudal hereditario, exceptuando el usufructo del cónyuge viudo y la legítima de los descendientes no incapaces afectada por el fideicomiso especial, que solo disfrutará mientras viva, hasta que recupere su capacidad o dure el término señalado por el causante. No obstante, esta solo es una posibilidad y no una obligación impuesta al testador como requisito previo a poder ejercitar la potestad de instituir el fideicomiso especial a favor del descendiente legitimario incapacitado. Igual que para el testador es opcional establecer la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima corta en beneficio del fiduciario incapaz, lo es también el dejarle a este, ya sea en propiedad o en fideicomiso, el segundo y tercer tercio de su herencia.

El testador es quien mejor conoce las diversas carencias de cada uno de sus potenciales sucesores y la composición de su patrimonio. Información que le ayudará a distribuir coherentemente su caudal hereditario y, en particular, a determinar si las necesidades vitales de su hijo incapaz pueden ser satisfechas solamente con su porción legitimaria en propiedad y el disfrute de un fideicomiso sobre el derecho legitimario del resto de los descendientes no incapaces o, por el contrario, requerir, además, de la atribución de la mejora e incluso del tercio libre. Todo sujeto a la consideración de si su caudal hereditario es cuantioso, o

pequeño, y de si los bienes fideicomitidos son capaces, o incapaces, de generar usufructo. Además de las respectivas circunstancias de sus posibles causahabientes.

Sería incongruente que habiendo el legislador ampliado la libertad testamentaria del causante a través de la posibilidad del fideicomiso especial, se interpretara que su aplicación exige que se disminuyan las facultades legales dispositivas que este tiene respecto a los dos tercios restantes de su acervo hereditario. Más aún cuando el propio legislador no procedió a reformar los diversos preceptos relacionados con la mejora y el tercio libre, como resultado de concederle al testador la facultad de instituir una sustitución fideicomisaria sobre el primer tercio de su caudal hereditario. Tal pretensión interpretativa de la actuación legislativa, a nuestro parecer, también podría resultar inconstitucional por ser contraria al derecho a la herencia, que se encuentra regulado en el art. 33 de la CE de 1978, cuyo contenido esencial está garantizado por los arts. 53.1 y 161.1(a) de la CE de 1978. En la medida en que la libertad dispositiva *mortis causa* del testador, que es uno de los elementos característicos que forman parte de su esencia, quedaría completamente suprimida. Además de que el efecto práctico de esa extrema limitación de la libertad de testar, como sugiere cierta autora que apoya la tercera tesis doctrinal, convertiría en inútil esta institución fideicomisaria excepcional porque el testador preferirá no utilizarla y favorecer a su descendiente legitimario incapaz con cualquier otra figura sucesoria del régimen ordinario.

Indiscutiblemente, una opción que hubiera contribuido más aún a proteger patrimonialmente a los descendientes incapaces, y en eso coincidimos de cierta forma con la postura intermedia que defiende una competente académica, hubiese sido que el uso de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima corta se sujetara a que el testador le asignara también la mejora. Acción que sería coherente, dado el caso de que este segundo tercio debe atribuirse entre los hijos o descendientes del causante. Sin embargo, recalamos que si la ley no le prohibió al testador que distribuyera como quisiera el tercio de libre disposición y el de mejora, cuyos bienes hereditarios que lo integran deben asignarse entre los sujetos que pueden ser mejorados, tal posibilidad no se puede proporcionar mediante una interpretación extensiva. Era preciso que la supresión parcial y más aún total de la autonomía testamentaria quedara plasmada en la norma. Máxime cuando se trata de un supuesto que excepciona la regla general de que la intangibilidad de la legítima es intocable. A lo que apuntamos, que si el legislador llegara a inclinarse por atar la constitución de la sustitución fideicomisaria especial a que el causante viera limitada totalmente su libertad testamentaria, incurriría en la vulneración del contenido esencial del derecho constitucional a la herencia. Puesto que,

como discutimos en el primer capítulo de este trabajo, la autonomía de la voluntad testamentaria representa uno de los dos intereses que conforman su ámbito individual.

No habiéndose dispuesto esta salvedad expresamente en la ley, el testador no solo podrá optar entre ejercer o no la autoridad de instituir el fideicomiso especial, sino que a su entera voluntad podrá distribuir el resto de su patrimonio hereditario, según las necesidades particulares de cada uno de sus potenciales sucesores, las posibilidades patrimoniales, la naturaleza de los bienes hereditarios, entre otras consideraciones que estime pertinentes. En el caso de la mejora, se la podría otorgar a aquel, o aquellos, de sus descendientes que piense le podría resultar más favorable. Mientras, el tercio de libre disposición se lo podría atribuir a cualquiera que entienda conveniente, aunque de ordinario esta parte de la herencia suele dejársela entre sí los cónyuges, en propiedad, para complementar su limitada legítima en usufructo y así lograr que al fallecimiento de alguno, el otro se encuentre en una situación económica, al menos, parecida a la que se encontraba cuando ambos vivían. Posibilidad importante porque responde a otro interés, también, significativo para el causante, además de la estabilidad patrimonial de su descendiente legitimario incapacitado, que es la seguridad de su cónyuge viudo, que se encuentra en situación de mayor indefensión, por razón de su edad e incluso, lo más probable, por su condición de salud. Realidad que, sin duda, repercutirá indirectamente en el bienestar del hijo incapaz porque usualmente la responsabilidad en cuanto a este recaerá en el cónyuge supérstite, si es que se trata de su padre o madre. En definitiva, es nuestro criterio que el ascendiente causante no pierde su libertad de testar como consecuencia del ejercicio de la facultad de constituir el fideicomiso especial. Más bien, a este se le ha ampliado su autonomía testamentaria a los efectos de decidir beneficiar al fiduciario incapaz con casi todo su acervo hereditario o exclusivamente con el tercio de legítima estricta.

## § 5 **NATURALEZA JURÍDICA DE ESTA FIGURA SUCESORIA ESPECIAL: NORMAL O DE RESIDUO**

Como hemos advertido hasta este momento en este capítulo, los defectos técnicos jurídicos que el legislador ha manifestado en la redacción de la norma que regula el fideicomiso especial, junto, evidentemente, con sus relevantes imprevisiones, han afectado el conocer con claridad cuál es el alcance y significado de esta institución sucesoria. Bajo este contexto, otro de los cuestionamientos que se han generado es si el testador puede incluso establecer una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta, a

favor del descendiente incapaz. Antes de presentar las diversas corrientes doctrinales que se han desarrollado sobre este particular y de asumir una postura al respecto, será preciso familiarizarse, al menos de modo sintético, de qué se trata esta modalidad de fideicomiso.

#### A. Acercamiento sucinto a la institución jurídica del fideicomiso de residuo

Se ha entendido que la figura sucesoria de la sustitución fideicomisaria, caracterizada esencialmente por la pluralidad de llamamientos y el establecimiento de un orden sucesivo de herederos o legatarios entre los llamados, tiene dos variantes. Por un lado, la normal, que es aquella disposición de última voluntad por la que el fiduciario debe cumplir con la orden de conservar íntegramente la herencia fideicomitida para que en su momento se la entregue al fideicomisario. Razón por la que, precisamente, está impedido de disponer de los bienes que componen la misma. Esta será la que se considerará ordenada, a menos que se disponga lo contrario. Por otro lado, la de residuo, donde el fideicomitente dispensa al fiduciario, en mayor o menor grado, de tener que conservar y entregar todos los bienes fideicomitidos al fideicomisario. Significa que por voluntad del testador el fiduciario podrá disponer de todos o de una parte de los bienes fideicomitidos. Para el fideicomisario, ello implicará que en el momento de la restitución solo tendrá derecho a adquirir aquellos bienes que no hubieran sido objeto de disposición por el fiduciario, ya sea porque la potestad que a este le fue concedida por el testador los excluía o porque a pesar de incluirlos optó por no ejercerla. Si todos fueron dispuestos, el fideicomisario no adquirirá ninguno.<sup>1141</sup>

Contrario a la primera, la modalidad de fideicomiso de residuo no está regulada específicamente en el CC. Aunque, la doctrina<sup>1142</sup> ha aceptado que la misma se puede

---

<sup>1141</sup> DÍAZ ALABART, S., *El Fideicomiso de Residuo: Su Condicionalidad y Límites*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, págs. 29, 31, 32 y 36 – 43; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Problemas “habituales” en los Testamentos y Particiones con los Fideicomisos Normales y de Residuo», en *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un Debate Reformista*, (dirs.) M<sup>a</sup>. P. Lledó Yagüe, F. Ferrer Vanrell y J. Torres Lana, tomo 1, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, pág. 471; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., pág. 160; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, op. cit., págs. 280 – 281; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. II, op. cit., págs. 568 – 569; CÁMARA LAPUENTE S., «Artículo 783», en *Comentario al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova S.A.U., 1<sup>a</sup> edición, Valladolid, 2010, pág. 897; COSTAS RODAL, L., «Tema VII: Las Sustituciones», en *Derecho de Sucesiones: Práctica Jurídica*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tecnos (GRUPO ANAYA, S.A.), 2009, págs. 378 – 380; DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, op. cit., págs. 82 – 83. Véase, además, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, op. cit., pág. 295; STS núm. 1042 de 7 de noviembre de 2008, Sala Civil, Sección 1<sup>a</sup>, (RJ 2008/7696); STS de 13 de marzo de 1989, Sala Civil, (RJ 1989/2039); RDGRN núm. 10265 de 16 de julio de 2015, (RJ 2015/4046); RDGRN núm. 8504 de 9 de junio de 2015, (RJ 2015/3621); RDGRN de 17 de septiembre de 2003, (RJ 2003/6279); RDGRN de 27 de octubre de 2004, (RJ 2004/7807).

<sup>1142</sup> DÍAZ ALABART, S., *El Fideicomiso de Residuo: Su Condicionalidad y Límites*, op. cit., págs. 34 – 36, haciendo referencia, entre otras cosas, a la STS de 6 de abril de 1954, a la STS de 16 de noviembre de 1944 y a

deducir de la parte final del párrafo segundo del art. 783 del CC, que tiene que ver con el fideicomiso normal y que, en lo pertinente, dispone: «[e]l fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, **salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa**».<sup>1143</sup> Salvedad donde, justamente, se estima insertado el fideicomiso de residuo y que de ser ejercida por voluntad del testador resultará en que al fiduciario se le exima, total o parcialmente, de la obligación de preservar todos los bienes fideicomitidos. Admisibilidad que, en todo caso, se fundamenta en el principio de que la voluntad del testador es la ley suprema de la sucesión, lo que permite que este pueda distribuir su caudal hereditario como considere conveniente, siempre que al hacerlo no vulnere las legítimas, cumpla con las formas establecidas para las disposiciones *mortis causa* y respete cualesquiera de las prohibiciones que establezca la ley, entre las que no se encuentra el ordenar un fideicomiso de residuo.<sup>1144</sup>

Son dos los tipos de fideicomiso de residuo que pueden manifestarse, dependiendo de los parámetros que el testador hubiera definido para la dispensa del deber de conservar. Estos son: (1) el de si queda algo (*si aliquid supererit*) y (2) el de aquello que deba quedar (*eo quod supererit*).<sup>1145</sup> A través del primero, el testador autoriza al fiduciario a disponer de todos los bienes fideicomitidos, sin traba alguna. Resultando en que los fideicomisarios, al llegar el término o cumplirse la condición establecida por el fideicomitente, percibirán lo que

---

la STS de 26 de mayo de 1925; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, op. cit., pág. 280; COSTAS RODAL, L., «Tema VII: Las Sustituciones», op. cit., pág. 379 y 380; DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, op. cit., págs. 83 – 84 y nota 5; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Problemas “habituales” en los Testamentos y Particiones con los Fideicomisos Normales y de Residuo», op. cit., pág. 471; CÁMARA LAPUENTE S., «Artículo 783», op. cit., pág. 897. Véase, también, STS núm. 1042 de 7 de noviembre de 2008, *supra.*; STS núm. 63 de 6 de febrero de 2002, Sala Civil. (RJ 2002/993); STS de 13 de marzo de 1989, *supra.*; STS de 25 de abril de 1983, Sala Civil, (RJ 1983/2122); RDGRN de 17 de septiembre de 2003, *supra.*; RDGRN de 27 de octubre de 2004, *supra.*

<sup>1143</sup> Énfasis suplido.

<sup>1144</sup> DÍAZ ALABART, S., *El Fideicomiso de Residuo: Su Condicionalidad y Límites*, op. cit., pág. 33; COSTAS RODAL, L., «Tema VII: Las Sustituciones», op. cit., pág. 379.

<sup>1145</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, op. cit., págs. 282 – 283; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., págs. 161 – 163 y nota 289; DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, op. cit., pág. 84; COSTAS RODAL, L., «Tema VII: Las Sustituciones», op. cit., pág. 380; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones: Principios de Derecho Civil*, tomo VII, op. cit., pág. 121; CÁMARA LAPUENTE S., «Artículo 783», op. cit., pág. 897; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. II, op. cit., págs. 575 – 576. Véase, además, STS núm. 327 de 22 de junio de 2010, *supra.*; STS núm. 1042 de 7 de noviembre de 2008, *supra.*; STS núm. 63 de 6 de febrero de 2002, *supra.*; STS núm. 773 de 22 de julio de 1994, *supra.*; STS de 13 de marzo de 1989, *supra.*; STS de 25 de abril de 1983, *supra.*; STS de 25 de mayo de 1971, Sala Civil, (ROJ 1214/1971); STS de 7 de enero de 1959, Sala Civil, (RJ 1959/119); STS de 21 de noviembre de 1956, Sala Civil, (1956/3830); RDGRN núm. 8504 de 9 de junio de 2015, *supra.*; RDGRN núm. 9066 de 22 de junio de 2015, (RJ 2015/3734).

reste de la herencia fideicomitida, si es que algo quedó de ella. De ninguna manera los fideicomisarios tendrán derecho a la herencia en su totalidad. Si algo caracteriza a esta variante de sustitución fideicomisaria de residuo es la indeterminación en lo que va a percibir el fideicomisario y hasta el hecho mismo de la existencia del residuo. La autoridad dispositiva concedida por el testador al fiduciario, que es amplia porque no existe el deber de conservar que se exige en el art. 781 del CC para el fideicomiso normal, de ninguna forma se ve limitada por el llamamiento del fideicomisario a lo que reste de la herencia fideicomitida.

En cambio, mediante la segunda clase al fiduciario se le restringe su poder de disposición a solo una parte de los bienes fideicomitados. Por lo que estará impedido de agotar los bienes fideicomitados en su totalidad. En otras palabras, el fideicomitente limitará su facultad dispositiva imponiéndole la obligación de conservar una porción numérica de la herencia fideicomitida, sea o no alícuota, o impidiéndole disponer de ciertos bienes en particular. La intención del testador no es otra que garantizar que el fideicomisario, llegado el momento oportuno, siempre reciba una parte del caudal hereditario, aunque esta sea mínima. Bajo esta modalidad, a pesar de que persiste la incertidumbre respecto a la cuantía de lo que recibirán los fideicomisarios, esta se disipa en cuanto a la existencia del residuo, pues siempre algo habrá de quedar en el caudal hereditario que tendrá que serle entregado a ellos. Todo porque, al menos parcialmente, subsiste la responsabilidad de conservar del art. 781 del CC.

La facultad de disposición, sea total o parcial, debe ser concedida claramente por el fideicomitente. De no constar la voluntad testamentaria a tales efectos, habrá de entenderse que la misma no existe y que el fiduciario debe cumplir con la obligación de conservar los bienes hereditarios, que se impone en el art. 781 del CC. En definitiva, la concesión por el fideicomitente de la facultad de disponer debe interpretarse de forma ajustada a la voluntad del causante, teniendo en cuenta que, salvo dispensa del testador, la base de partida es el fideicomiso normal que impone la obligación de conservar. Asimismo, la extensión y efectos concretos de esta dispensa, o, en otros términos, los límites impuestos a la misma, deben estar expresamente prefijados por el testador, en el sentido de que se manifieste con claridad que quiso eso y no otra cosa.<sup>1146</sup>

---

<sup>1146</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Problemas “habituales” en los Testamentos y Particiones con los Fideicomisos Normales y de Residuo», *op. cit.*, pág. 471; COSTAS RODAL, L., «Tema VII: Las Sustituciones», *op. cit.*, págs. 381 y 382; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 283; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, pág. 161. Véase, también, STS núm. 624 de 30 de octubre de 2012, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2013/2274); STS núm. 124 de 12 de febrero de 2002, Sala Civil, (RJ 2002/3191); STS núm. 773 de 22 de julio de 1994, *supra.*; STS de 25 de octubre de 1954, *supra.*

En ese abanico de posibilidades, el fideicomitente podría, por ejemplo, autorizar al fiduciario para disponer *inter vivos* solamente o también *mortis causa*, aunque esta última alternativa tendrá que otorgarla explícitamente porque no se entiende comprendida en la propia potestad dispositiva. De tratarse de una disposición *inter vivos*, la autorización podría limitarse a los actos otorgados a título oneroso o incluir, además, a los de título gratuito, debiéndose constar de forma clara y, en todo caso, contemplar con recelo esta última opción, al no ser cónsona con la finalidad que normalmente persigue el fideicomitente con este tipo de institución. Si se relacionara con actos onerosos podría habersele permitido disponer de los bienes de la herencia, a su libre voluntad o, siendo la más habitual, en situación de necesidad, circunstancia que deberá evidenciarse por el albacea, un tercero o el mismo fiduciario, siempre que este actúe de buena fe.<sup>1147</sup>

Ciertamente para conocer con certeza la extensión de la dispensa del deber de conservar, será necesario indagar la voluntad del testador interpretando su testamento, según se dispone en el art. 675 del CC, y de ser necesario, incluso, acudir a otros elementos o medios hermenéuticos, tales como los extrínsecos al mismo. Ya que, una interpretación extensiva de la facultad de disposición conferida es inadmisibile.<sup>1148</sup>

## B. Perspectivas doctrinales

Se han elaborado tres tendencias doctrinales para tratar de dar respuesta a la problemática de si el testador puede beneficiar a su descendiente incapacitado estableciendo una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta. Las posiciones asumidas respecto a este asunto fluctúan desde los extremos positivos y negativos a la admisibilidad de esta clase de fideicomiso hasta una postura intermedia favorecedora del

---

<sup>1147</sup> COSTAS RODAL, L., «Tema VII: Las Sustituciones», *op. cit.*, págs. 381 y 382; DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, *op. cit.*, pág. 84; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones: Principios de Derecho Civil*, tomo VII, *op. cit.*, pág. 121; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, pág. 161; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Problemas “habituales” en los Testamentos y Particiones con los Fideicomisos Normales y de Residuo», *op. cit.*, pág. 472; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, págs. 281 y 284. Véase, además, STS núm. 624 de 30 de octubre de 2012, *supra.*; STS núm. 1042 de 7 de noviembre de 2008, *supra.*; STS núm. 63 de 6 de febrero de 2002, *supra.*; STS núm. 124 de 12 de febrero de 2002, *supra.*; STS de 1 de diciembre de 1951, Sala Civil, (RJ 1951/2617); RDGRN núm. 10265 de 16 de julio de 2015, *supra.*; RDGRN núm. 8504 de 9 de junio de 2015, *supra.*; RDGRN núm. 9066 de 22 de junio de 2015, *supra.*

<sup>1148</sup> DOMINGO AZNAR, A., *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, *op. cit.*, pág. 84; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Problemas “habituales” en los Testamentos y Particiones con los Fideicomisos Normales y de Residuo», *op. cit.*, pág. 472; COSTAS RODAL, L., «Tema VII: Las Sustituciones», *op. cit.*, págs. 381 – 382. Véase, también, STS núm. 1042 de 7 de noviembre de 2008, *supra.*; STS de 13 de marzo de 1989, *supra.*; STS de 9 de junio de 1987, Sala Civil, (RJ 1987/4049); STS de 1 de julio de 1985, Sala Civil, (RJ 1985/3631); RDGRN núm. 10265 de 16 de julio de 2015, *supra.*; RDGRN núm. 8504 de 9 de junio de 2015, *supra.*; RDGRN de 17 de septiembre de 2003, *supra.*; RDGRN de 27 de octubre de 2004, *supra.*



mismo, exclusivamente en caso de estricta necesidad. A continuación, examinaremos los fundamentos de cada uno de estos enfoques doctrinales, para luego exponer nuestro criterio al respecto.

Categoricamente, se ha afirmado<sup>1149</sup> que la naturaleza jurídica de la sustitución fideicomisaria especial es coherente con una sustitución normal, sin facultad de disponer de los bienes fideicomitidos, es decir, con el deber de conservarlos y entregarlos a los fideicomisarios no incapaces. Se entiende inaplicable tanto la opción de un fideicomiso con potestad dispositiva como una sustitución fideicomisaria de residuo, que permite dispensar de preservar los bienes, porque la sustitución fideicomisaria especial constituye una excepción que permite que se afecte a las legítimas. Para viabilizar esta clase extrema de sustitución, el legislador debería haberlo especificado expresamente en la Ley. Como no lo hizo, el fideicomiso de residuo solamente podrá ser aplicable ante supuestos de libertad de testar, es decir, cuando no afecte a la legítima.<sup>1150</sup> En otras palabras, como la modalidad de sustitución fideicomisaria de residuo tendría el efecto de convertir a los descendientes legitimarios no incapacitados en meros destinatarios del residuo, lo que implicaría para ellos un gravamen sustancial porque, incluso, podría resultar en que su derecho legitimario se redujera a la nada, esta tendría que haber sido autorizada explícitamente por el legislador. Su inacción sobre el particular viene a confirmar que la sustitución fideicomisaria especial se trata de una sustitución pura, y no una de residuo, porque es la única forma de garantizar que, aunque de forma aplazada, los fideicomisarios no incapaces puedan disfrutar de los bienes representativos de su legítima.<sup>1151</sup>

Otros autores, aunque reconocen que el texto de los arts. 782 y 808.4 del CC no limita el tipo de fideicomiso que pudiera imponerse a través del esquema fideicomisario especial, lo

---

<sup>1149</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., «El Gravamen con una Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado de la Legítima Estricta de los Demás Descendientes», *op. cit.*, págs. 43 – 44.

<sup>1150</sup> Por ejemplo, no habría problema en que un testador creara un fideicomiso de residuo sobre el tercio de mejora, siendo fiduciario alguno de sus descendientes y fideicomisario otro de ellos.

<sup>1151</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 133, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, pág. 780. Véase, además, RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 6; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I., *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, *op. cit.*, pág. 910; GORKA GALICIA A., «Artículo 782 del CC», *op. cit.*, pág. 5727; NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, págs. 154 y 155, enfatiza que el fiduciario incapaz, ya sea complementando su capacidad con el curador o a través de su representante legal, no podrá disponer de los bienes fideicomitidos, ni aunque el propósito de ello sea satisfacer sus necesidades vitales, ya que «si lo que el legislador pretendía era excepcionar, en caso de mediar persona incapacitada, la legítima de los descendientes, permitiendo privar definitivamente a los no incapacitados de su legítima en beneficio del incapacitado, habrá que convenir en que se quedó corto, no resultando posible superar por vía interpretativa el escollo que en tales casos supondría el artículo 813.2 CC».

que podría llevar a pensar que es viable el de residuo, descartan tal idea al abordar el supuesto mediante dos enfoques hermenéuticos.<sup>1152</sup> Por un lado, sujetos a una interpretación finalista de la LPPPD, se estima que con la sustitución fideicomisaria especial lo que se persigue es gravar, con un aplazamiento, el derecho legitimario de los descendientes no incapaces y no privarlos del mismo, resultado que sería el que se obtendría si, por causa de la aplicación de un fideicomiso de residuo, no quedan bienes para ser restituidos a los fideicomisarios no incapacitados, debido a que el fiduciario incapaz dispuso de ellos.<sup>1153</sup> Es cierto que una de las finalidades de los aludidos preceptos es beneficiar al incapacitado, pero no es menos correcto que la norma no exige que se vaya más allá de lo que sea lógico y equitativamente razonable para alcanzar esa protección.<sup>1154</sup> Por otro lado, por tratarse de dos instituciones sucesorias excepcionales, el fideicomiso de residuo, que por virtud del art. 783.2 del CC implica una dispensa a la obligación de conservar que se exige en el art. 781 del CC, y la sustitución fideicomisaria especial, que exceptúa el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima en su vertiente de la forma en que se deben percibir los bienes hereditarios, regulada en el art. 813.2 del CC, se sugiere que estas sean interpretadas restrictivamente para impedir que se vacíe enteramente de contenido la porción legitimaria de los fideicomisarios no incapacitados, en vez de que solo tengan que soportar el aplazamiento en el disfrute de los bienes hereditarios que integran la misma.<sup>1155</sup>

En sentido parecido, cierta estudiosa<sup>1156</sup> afirma que el fideicomiso ordinario es la única configuración posible que se le puede atribuir a la sustitución fideicomisaria que recae sobre

---

<sup>1152</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 195; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1483; CÁMARA LAPUENTE S., «Artículo 782», en Comentario al Código Civil, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova S.A.U., 1ª edición, Valladolid, 2010, pág. 896.

<sup>1153</sup> También, podría suceder que quedaran bienes por debajo del valor de la cuota legitimaria. En este caso resultaría que aun recibiendo menos de lo que le corresponde, el heredero forzoso no podría ejercitar la acción de complemento de la legítima.

<sup>1154</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 195; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1483.

<sup>1155</sup> CÁMARA LAPUENTE S., «Artículo 782», en Comentario al Código Civil, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova S.A.U., 1ª edición, Valladolid, 2010, pág. 896.

<sup>1156</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 881 – 882 y notas 74, 76 y 78; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 276 – 278 y notas 27, 29 y 31, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 8 – 9 y notas 26, 28 y 30. Por su parte, RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, pág. 594, además de coincidir con la perspectiva de DÍAZ

la legítima estricta. No cabe, por excesiva, la alternativa del fideicomiso de residuo. Conclusión que entiende no es alterable por el hecho de que en los arts. 782 y 808.4 del CC no se aclara el tipo de fideicomiso que es admisible. La circunstancia de que el fiduciario incapaz tenga mermada o carezca de la obligación de conservar los bienes fideicomitidos, pudiera tener el efecto de despojar de su legítima a los fideicomisarios no incapaces, es decir, desheredarlos, si el fiduciario dispuso de todos ellos. Resultado que sería contrario a la finalidad de la norma que solo busca imponer un gravamen sobre la porción legal de los colegitimarios y no su desheredación. Si bien es cierto que a través de los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC se permite, de manera excepcionalísima, gravar el primer tercio de la herencia del causante, no es menos correcto que la naturaleza del sistema legitimario no ha variado y, por tanto, debe cumplirse con distribuir igualitariamente el tercio de legítima estricta entre los hijos o descendientes legitimarios. Este dato unido al hecho de que el fideicomiso de residuo también constituye un supuesto excepcional, obligan a que se interprete restrictivamente, y no de forma extensiva, la figura de la sustitución fideicomisaria especial, de manera que se afecte lo menos posible a los colegitimarios no incapaces.<sup>1157</sup>

Abundando en lo puntualizado<sup>1158</sup>, no se admite que se establezca un fideicomiso de residuo sobre el tercio de legítima corta porque ello implicaría que se vulnerara no solo la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima, sino también la cuantitativa. Perspectiva que apoyan en tres argumentos. Primero, la sustitución

---

ALABART, destaca, criterio con el que coincidimos, que tampoco sería posible que el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC constituyera un fideicomiso especial de residuo.

<sup>1157</sup> Otros autores que no admiten la posibilidad de que el fideicomiso especial, regulado en los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC, sea de residuo, por entender que esta nueva institución sucesoria debe ser sometida a una interpretación restrictiva y, por ende, menos perjudicial para la posición de los colegitimarios, son: GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 11, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 160, que recalca que se trata de un fideicomiso ordinario con obligación de conservar los bienes fideicomitidos, salvo en los supuestos excepcionales que contempla el segundo párrafo del art. 783 del CC, tales como el pago de deudas hereditarias, de legados y los gastos extraordinarios de conservación, y de entregarlos a los fideicomisarios no incapaces; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1483; HERRERO OVIEDO, M., «Pertinencia de la Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», *op. cit.*, pág. 292, añadiendo, por un lado, que la nueva regulación del CC no ampara la posibilidad de que un fideicomiso de residuo recaiga sobre el primer tercio de la herencia del causante y, por otro lado, porque su admisión haría ilusoria el derecho a la legítima de los colegitimarios no incapaces; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 448, 463 y 464 – 465, puntualizando, además, que continúa en vigor el principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima y que no considera admisible ningún tipo de forma del fideicomiso de residuo, ni siquiera en caso de necesidad del fiduciario incapacitado, porque ello equivaldría a desheredar a los fideicomisarios no incapacitados. Únicamente, admite la disposición de los bienes fideicomitidos si se da la subrogación real. Aspecto este último con el que coincide, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 117, siempre que previamente los fideicomisarios hubieran consentido el acto dispositivo.

<sup>1158</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 115 – 116.

fideicomisaria especial no se incluye como una excepción a la intangibilidad cuantitativa de la legítima, que se garantiza en el primer apartado del art. 813 y en el art. 815, ambos del CC. Esta institución fideicomisaria excepcional solo se utiliza para exceptuar el párrafo segundo del art. 813 del CC, que protege la intangibilidad cualitativa de la legítima, respecto a la forma general en que la misma debe percibirse. Significa que a través del fideicomiso especial no se puede reducir ni mucho menos privar del *quantum* de la porción legitimaria a los fideicomisarios no incapaces, incluso, sin importar que el fiduciario incapaz hubiera justificado su necesidad.<sup>1159</sup>

Segundo, no se da el presupuesto necesario para que el fideicomitente pueda constituir una sustitución fideicomisaria de residuo. Es decir, que pueda disponer libremente de la parte de la herencia que es objeto del fideicomiso y atribuírsela, con o sin el gravamen de la sustitución, al fiduciario. Bajo el supuesto de la sustitución fideicomisaria especial, ni el testador tiene libertad para disponer de la legítima estricta ni tampoco puede atribuirle, libre de gravamen, la porción legitimaria de los fideicomisarios no incapaces al fiduciario incapacitado, salvo que lo haga mediante el aludido esquema fideicomisario excepcional. Por tanto, el fideicomitente estará impedido de constituir un fideicomiso de residuo para atribuirle al incapacitado la legítima de los no incapacitados, si tal asignación no la puede efectuar sin sujetar dicho derecho legitimario a la sustitución fideicomisaria especial. Tercero, los fideicomisarios no incapaces resultarían desheredados por una causa que no está expresamente contemplada en los arts. 848 al 857 del CC.<sup>1160</sup> Y más aún, la iniciativa de la desheredación no estaría exclusivamente en manos del testador, como debe ser, según surge del art. 849 del CC, sino también en poder del fiduciario incapaz.

Otro argumento<sup>1161</sup> que se ha presentado para invalidar la imposición de una cláusula de residuo sobre la legítima estricta es que tanto en el art. 782 del CC como en la Parte VII

---

<sup>1159</sup> Coincidiendo con lo señalado, NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 153, comenta que al descendiente no incapacitado únicamente se le puede despojar de la intangibilidad cuantitativa de la legítima en los casos que, por estar expresamente dispuestos en el CC, son supuestos de desheredación justificada.

<sup>1160</sup> También en este sentido: SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I, op. cit.*, pág. 1030; NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 154.

<sup>1161</sup> RIVERA ÁLVAREZ, J. M.<sup>a</sup>, «La Reforma de la Sustitución Fideicomisaria en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y la Indisponibilidad de la Legítima Estricta a favor de los hijos o descendientes», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coords.) J. M. González Porras y F. P. Méndez González, tomo II, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª edición, Murcia, 2004, págs. 4195, 4196 y 4204. Aclara, sin embargo, este autor que de pactarse «la naturaleza residual de la sustitución fideicomisaria, el representante legal del fiduciario o éste mismo asistido por el curador o sus padres, cuando el testador así lo permita, podrán realizar actos de disposición para cubrir las necesidades del incapacitado, previo a autorización judicial cuando

(b) de la Exposición de Motivos de la LPPPD se hace referencia al efecto de «gravar la legítima», que se genera de que el testador constituya la sustitución fideicomisaria especial. Expresión significativa porque solo se puede gravar un derecho que ya existe y no una expectativa de derecho, por aún no haber emergido. Significa que con la muerte del causante los fideicomisarios no incapaces adquieren su derecho legitimario, que se someterá al gravamen del esquema fideicomisario excepcional para poder beneficiar, al menos, temporalmente al fiduciario incapacitado.

Esa idea de «carga o gravamen», enfatizada también en el art. 813.2 del CC, que supone la sustitución fideicomisaria especial para el derecho preexistente a la legítima de los colegitimarios no incapacitados, no tendría sentido alguno si la naturaleza de este gravamen fuera la de un fideicomiso de residuo. Ya que al tener el incapacitado la facultad de disponer de los bienes fideicomitidos, no se podría hablar de un gravamen que recaerá sobre el derecho a la legítima de los no incapacitados, debidamente adquirido a la apertura de la sucesión, sino de la potencial consecuencia de privarlos de su derecho legitimario por considerarse un derecho expectante. Posibilidad, claramente, contraria con el principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima, que se encarga de garantizar que el *quantum* de esa porción legal sea respetada. Más aún, cuando no fue expresamente exceptuado por el legislador, concediéndole al fiduciario incapaz la autoridad para disponer de la parte que a los fideicomisarios no incapacitados le corresponde en el tercio de legítima estricta.

Entre los partidarios de la postura positiva intermedia, algún estudioso<sup>1162</sup> ha manifestado que el beneficio que le supone la constitución de la sustitución fideicomisaria especial al fiduciario incapacitado, se logra a costa del sacrificio de los fideicomisarios no incapacitados, en cuanto a que estos se verán forzados a sufrir el aplazamiento en el disfrute de su porción legitimaria. Este nivel de sacrificio únicamente se puede incrementar a uno de privación del derecho legitimario de los descendientes no incapaces, si el fideicomitente autorizó expresamente al incapacitado o a su representante legal para disponer de los bienes fideicomitidos en caso de estricta necesidad, la cual, a su vez, deberá ser acreditada. Regla que se entiende está implícita en el art. 808.4 del CC y que se activará ante supuestos contrarios a ella, para impedir que el fiduciario incapaz disponga *inter vivos* de los bienes que son objeto del fideicomiso especial. Por ejemplo, ante la disposición a título gratuito, ya sea

---

esta sea necesaria. Sin embargo, dicha disposición no supondrá la pérdida de los derechos legitimarios, puestos que estos se pueden concentrar en el equivalente económico, conforme a las facultades dispuestas en los Arts. 831 u 841 y ss. del CC. Si bien debe preverse dicha posibilidad». esp. en la pág. 4204 y, sobre lo mismo también, en la pág. 4197.

<sup>1162</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, págs. 2007 y 2009, «Comentario al Art. 808», *op. cit.*, págs. 5864 y 5865 – 5866.

*inter vivos* o *mortis causa*, puesto que no habrá necesidad que constatar por parte del fiduciario incapacitado. Tampoco será permisible las disposiciones *mortis causa* de los bienes fideicomitidos porque su finalidad, evidentemente, no será satisfacer las necesidades del incapaz, sino la de favorecer a sus propios y potenciales sucesores. En definitiva, no existiendo necesidad por parte del incapaz, será inadmisibile que la sustitución fideicomisaria especial prive de su legítima a los fideicomisarios no incapacitados, sin importar que el fideicomitente lo hubiese previsto al constituirla bajo la modalidad de un fideicomiso de residuo.

Incluso, se ha llegado a plantear que el art. 808 del CC más que reflejar los efectos de un fideicomiso ordinario, manifiesta los de una sustitución fideicomisaria en su variante de residuo con potestades dispositivas a ser utilizadas por el incapacitado en caso de que se encuentre en situación de necesidad. Interpretación que se justifica en diversos argumentos, entre los cuales se encuentran: (1) la responsabilidad de preservar los bienes fideicomitidos para restituirlos a los fideicomisarios no es un requisito esencial, sino más bien natural, a la sustitución fideicomisaria; (2) se viabiliza una protección al incapaz que es más cónsona con sus exigencias de vida, con los objetivos de la LPPPD, con su círculo parental y con la realidad social, en general; y (3) la facultad de disposición concedida por el fideicomitente está supeditada a que exista la necesidad del fiduciario incapacitado y, a su vez, sometida a autorización judicial, lo que promueve un ambiente en el que se evitan los abusos y se provee mayor transparencia.<sup>1163</sup>

Sabiendo que constituir un fideicomiso especial de residuo, con facultades de disposición a ser efectivas ante la circunstancia de necesidad del incapacitado, puede resultar en la drástica consecuencia de privar de la legítima al resto de colegitimarios no incapaces, se estima que lo más prudente es que el fiduciario haya dispuesto de los bienes que componen el segundo y tercer tercio de la herencia, previo a tener la posibilidad de ejercer la facultad dispositiva respecto a los bienes fideicomitidos. En otras palabras, el fiduciario incapaz solamente podrá disponer de los bienes que integran el primer tercio de la herencia del causante, cuando se determine su necesidad y ya no queden otros bienes. Otra posible alternativa para evitar que se le despoje a los fideicomisarios no incapacitados de su porción legitimaria es que el testador establezca un fideicomiso de residuo de la clase de *eo quod supererit*, fijando los bienes concretos que el fiduciario incapaz está impedido de disponer y,

---

<sup>1163</sup> RIPOLL SOLER, A., «La Sustitución Fideicomisaria del Nuevo Artículo 808 C.C. Fideicomiso de Residuo», *op. cit.*, págs. 826 – 827. También a favor de esta tendencia doctrinal positiva intermedia, véase: TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 378.

por tanto, obligado a restituírselos al resto de colegitimarios no incapaces. En todo caso, el fideicomitente deberá consignar conjuntamente en su testamento el requisito de la necesidad del incapaz y que la naturaleza jurídica del fideicomiso especial es de residuo. Igualmente, señalar qué persona tendrá que asumir la responsabilidad de determinar y probar la necesidad del incapacitado. Al acreditarse esta circunstancia será precisa la autorización judicial para que se pueda disponer de los bienes.<sup>1164</sup> Esta opción, a nuestro parecer, tampoco resuelve mucho, en la medida en que, por un lado, se impide la privación total del tercio de legítima estricta, pero, por otro lado, se consagra como aceptable su privación parcial.

En cambio, cierto autor<sup>1165</sup> considera que en el Código Civil no hay impedimento alguno para que el fideicomitente pueda instituir una sustitución fideicomisaria especial de residuo. Conclusión que sustenta en diversos argumentos. Primero, en la regulación de este esquema fideicomisario particular, el legislador no impuso limitaciones en cuanto a la naturaleza del fideicomiso especial. De ahí que, al interpretar el texto de los arts. 782 y 808.4 del CC en base a los parámetros del art. 3.1 del CC, se entienda admisible la posibilidad de que al fiduciario incapaz se le exima de la obligación del art. 781 del CC de conservar y restituir los bienes fideicomitados a los fideicomisarios no incapaces. Segundo, en la LPPPD no fue objeto de modificación la parte final del párrafo segundo del art. 783 del CC, que de acuerdo a la doctrina es lo que da base a la modalidad del fideicomiso de residuo, para hacer manifiesta la prohibición de que se establezca una sustitución fideicomisaria de residuo sobre

---

<sup>1164</sup> MORENO FLÓREZ, R. M<sup>a</sup>., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», *op. cit.*, págs. 1023 – 1024. Entendiendo que esta postura positiva intermedia es errónea, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, pág. 170, comenta: «en nuestra opinión, no hay que apostar por la posibilidad de que se constituya una sustitución fideicomisaria especial de residuo para defender que el fiduciario incapacitado pueda disponer de los bienes fideicomitados cuando lo necesite, ya que [...] vimos que el fiduciario, incluso en los supuestos de sustituciones fideicomisarias ordinarias, quedaría facultado para disponer de los bienes fideicomitados en los casos de necesidad, sin necesitar el consentimiento del resto de fideicomisarios, sino una autorización judicial, aplicándose, por analogía, el artículo 186 del C.c. que, en relación con la administración de los bienes del ausente, establece que “los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente reconocida y declarada por el Juez, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida”».

<sup>1165</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 173 – 175, aunque de forma contradictoria, que nos parece que, por todo el desarrollo argumentativo, debe ser más bien un error, este autor afirma en la pág. 165 que se adhiere a la corriente doctrinal que no admite que pueda ser de residuo el fideicomiso que recae sobre el primer tercio de la herencia del causante. Por su parte, PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho Sucesorio como Instrumento de Protección del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 2, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima ¿Piedra Angular del Sistema de Protección de los Incapacitados?», *op. cit.*, pág. 691, *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, *op. cit.*, págs. 121 – 122, admite la posibilidad de que el testador pueda establecer una sustitución fideicomisaria especial de residuo, a pesar de reconocer que es una «medida drástica». Específicamente, esta estudiosa expresa: «Incluso, esa privación podrá ser definitiva si el causante, haciendo uso de la facultad que le concede el art. 783, dispensa al fiduciario del deber de conservar la herencia constituyendo un fideicomiso de residuo. Esta posibilidad supone que el legislador admite que, ante la presencia de un incapacitado, la legítima de los demás coherederos puede llegar a desaparecer».

el primer tercio de la herencia del causante. Acto que le lleva a pensar que el legislador pretendía mantener el alcance del aludido precepto y, por ende, la opción de que el fideicomiso especial fuera de residuo. Tercero, la ley suprema de la sucesión es la voluntad del testador. Por tanto, al no estar prohibido por el Código Civil, el fideicomitente tiene la libertad de constituir un fideicomiso especial, concediéndole expresamente al fiduciario la potestad de disponer de los bienes que integran el tercio de legítima estricta. De manera que la constitución de la institución fideicomisaria especial de residuo no implica una obligación para el fideicomitente, sino que es una facultad más que puede decidir o no ejercer.

Cuarto, en el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LPPPD se dispone que el constituyente del patrimonio protegido, instituido a favor de los discapacitados, será el que establecerá las reglas de administración, término que se entiende en su sentido más amplio porque además incluye los actos de disposición, para el funcionamiento del mismo. Al aplicar analógicamente dicho supuesto, este autor estimó que también era la intención del legislador que en la sustitución fideicomisaria especial fuera el testador el que definiera las pautas de administración de los bienes fideicomitidos. Siendo ello así, era viable que entre las alternativas estuviera el establecimiento de un fideicomiso especial de residuo. Quinto, la constitución del fideicomiso especial de residuo no derivará, necesariamente, en perjuicios para los fideicomisarios no incapacitados. En el caso de que el fideicomitente hubiera establecido la del tipo de residuo denominado *eo quod supererit*, mediante el cual el poder dispositivo del fiduciario incapaz está restringido, se entiende que no se producirá la desheredación de los descendientes legitimarios no incapacitados. Incluso, se considera que aun tratándose de la modalidad de residuo llamado *si aliquid supererit*, donde la facultad de disposición es más amplia, puede darse la circunstancia de que el tutor del incapacitado decida no disponer de los bienes fideicomitidos, ya sea porque el incapaz no lo necesita, este se murió poco tiempo después de ser instituido como fiduciario o, simplemente, porque decidió no ejercer dicha potestad.<sup>1166</sup> Apreciación con la que no estamos de acuerdo porque entendemos que respecto al fideicomiso especial es inadmisibles la concesión de esta vasta

---

<sup>1166</sup> Incluso, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., págs. 170 – 171, considera posible que el fiduciario incapacitado pueda disponer de los bienes fideicomitidos, aun en el caso de una sustitución fideicomisaria especial que no sea de residuo. Parecer que fundamenta en tres consideraciones: «1. La finalidad de la LPPD, que no es otra que la de adoptar medidas necesarias para atender las específicas necesidades vitales de las personas con discapacidad y de las personas incapacitadas judicialmente; 2. La disposición de los bienes fideicomitidos [...] quedaría perfectamente englobada en los “gastos legítimos” que recoge el 783.2º del C.c. cuando expone que “el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa”; 3. El hecho de que sea el juez, en base al artículo 186 C.c., quien deba autorizar dichos actos, y determinar el empleo de la cantidad obtenida, conlleva que los derechos de los legitimarios fideicomisarios estén siempre protegidos».



facultad dispositiva y esa inadmisibilidad no se puede menospreciar pensando que la misma puede que no llegue a ejercitarse.

A favor de que se pueda instituir un fideicomiso de residuo en beneficio del incapacitado, también, se ha argumentado<sup>1167</sup> que ello es factible porque, por un lado, participa de la naturaleza de la sustitución fideicomisaria y, por otro lado, porque al regular el esquema fideicomisario especial el legislador no estableció distinción alguna. Indiscutiblemente, el legislador balanceo los derechos sucesorios que tienen los descendientes no incapacitados respecto al patrimonio hereditario del causante y los de aquel hijo que debido a sus necesidades especiales no puede valerse por sí mismo, optando así por beneficiar a este último, aunque ello, incluso, pudiera equivaler a la supresión absoluta del derecho legitimario de los primeros. Situación que puede ocurrir si el fideicomitente constituye una sustitución fideicomisaria especial de residuo en la modalidad de *si aliquid supererit*, donde la facultad dispositiva que se concede al fiduciario incapaz es de gran amplitud.

Por nuestra parte, somos partidarios de la corriente doctrinal que entiende que la naturaleza jurídica de la sustitución fideicomisaria especial tiene que ver con una sustitución normal, sin facultad dispositiva, y no con una de residuo. Nos parece que una interpretación sistemática de los preceptos que regulan este esquema fideicomisario excepcional, de la Exposición de Motivos de la LPPPD, analizado todo ello, a su vez, en relación con la dinámica del sistema legitimario, las normas pertinentes que forman parte del Derecho de sucesiones y con la Ley suprema, la Constitución de España de 1978, sirven para validar el punto de vista que asumimos.

Como regla general, la legítima es indisponible, tanto en términos cualitativos, en cuanto a la forma y calidad en que se deben percibir los bienes hereditarios, como cuantitativos. La primera vertiente de este principio está garantizado a través de los arts. 813.2 y 806 del CC, mientras la segunda está también protegida por el art. 806 y, además, por el apartado primero del art. 813 y el art. 815 del CC. Con la inclusión de la sustitución fideicomisaria especial, el legislador optó por excepcionar el principio de intangibilidad cualitativa, dispuesto en el art. 813.2 del CC, en cuanto a lo que se refiere a que la legítima debe abonarse sin carga o gravamen alguno, ampliando de esta forma la libertad de testar del causante. Por ello, tanto en la Parte VII (b) de la Exposición de Motivos de la LPPPD como en el art. 782 del CC, para referirse al efecto que este fideicomiso especial provoca en el

---

<sup>1167</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L., «Breve Reflexión sobre la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», en *Homenaje al Profesor LLuis Puig Ferriol*, (coords.) J.M. Abril Campoy y M.E. Amat Llari, volumen I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 602.

derecho legitimario que los colegitimarios no incapacitados adquieren desde la muerte del causante, el legislador utilizó el verbo gravar o graven, en una de sus formas posibles de conjugación. No uso ni el término privar o despojar porque la excepción no se hizo extensiva al principio de intangibilidad cuantitativa, que permanece inalterado y que solamente puede ser vulnerado por alguna de las causas expresas de desheredación, contenidas en los arts. 848 al 857 del CC.

A nuestro modo de ver, la institución de la legítima y, por ende, la sustitución fideicomisaria especial son incompatibles con el fideicomiso de residuo. Siendo estas, de algún modo, más afin, por su estructura funcional, con el denominado fideicomiso puro.

La sustitución fideicomisaria en general solamente puede recaer en aquellas porciones de la herencia sobre las que el fideicomitente tiene libertad de testar. Nos referimos al tercio de libre disposición y al de mejora, siempre que en este último caso se realice a favor de los descendientes. Precisamente por ello, como parte de sus variantes, se encuentra, por un lado, la sustitución normal o pura, dispuesta en el art. 781 del CC, que exige al fiduciario el cumplimiento de la obligación de conservar todos los bienes fideicomitidos para entregárselos al fideicomisario. A través de esta, la delación hereditaria a favor del fideicomisario se produce con el fallecimiento del fideicomitente, viendo este únicamente postergado, hasta el momento en que culmine la fase fiduciaria, la efectiva adquisición del patrimonio fideicomitado representativo de su titularidad sobre el derecho a la herencia del causante.<sup>1168</sup>

Y, por otro lado, está la de residuo, que tiene cabida en el art. 783.2 del CC, donde al beneficiado se le dispensa del aludido deber de conservación de los bienes objeto del fideicomiso y se le confiere, en mayor o menor medida, la facultad de disponer de los mismos. Con el resultado de que a pesar de que el llamamiento del fideicomisario no es incierto, puesto que, igualmente, tendrá derecho a la herencia del testador fideicomitente desde que este fallezca, sí hay incertidumbre, en contraposición con la sustitución fideicomisaria pura o a término, en cuanto al contenido o el número de bienes del caudal relicto que va heredar, bajo cualquiera de las dos modalidades básicas en las que se puede subdividir el fideicomiso de residuo. En el caso del tipo *si aliquit supererit* o, dicho en español, «si queda algo», puede ser que el derecho hereditario del fideicomisario no le

---

<sup>1168</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones: Principios de Derecho Civil*, tomo VII, *op. cit.*, pág. 118. Véase, además, COSTAS RODAL, L., «Tema VII: Las Sustituciones», *op. cit.*, págs. 357 y 369; STS núm. 160 de 28 de febrero de 1994, Sala Civil, (RJ 1999/1895); RDGRN de 31 de mayo de 2011, (RJ 2011/5827). En contra, ALBALADEJO, GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 11ª edición, *op. cit.*, págs. 279 – 280, destaca que a la muerte del fideicomitente, el fideicomisario solo adquiere la expectativa de su derecho a la herencia y que la delación a su favor se produce con el fallecimiento del fiduciario o con la llegada del plazo que hubiera establecido el testador.

proporcione ningún bien porque el fiduciario, con la amplia libertad dispositiva concedida por el testador, dispuso de todos ellos. Mientras, si se constituyó el de la categoría *eo quo supererit* o «de aquello que debe quedar», la cuantía que habría de heredar el fideicomisario sería cierta en cuanto a la parte que era indisponible para el fiduciario y variable respecto a la porción que este sí tenía libertad para disponer de ella.<sup>1169</sup> Lo que implicará que, bajo cualquiera de la modalidades de fideicomiso de residuo y en contraste con el puro, el fideicomisario, necesariamente, no percibirá los bienes objeto del fideicomiso como en su día los adquirió el fiduciario, pues la herencia pudo alterarse si este ejerció las potestades dispositivas que, en mayor o menor medida, le confirió el fideicomitente.<sup>1170</sup>

---

<sup>1169</sup> STS núm. 323 de 6 de junio de 2014, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2014/3127); STS núm. 79 de 1 de marzo de 2013, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2013/7414); STS núm. 624 de 30 de octubre de 2012, *supra.*; STS núm. 63 de 6 de febrero de 2002, *supra.*; STS de 25 de abril de 1983, *supra.* Por su parte, ALBALADEJO, GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 11ª edición, *op. cit.*, págs. 288 – 289, aclara, a nuestro parecer con buen criterio, que el fideicomiso de residuo, en general, no está supeditado a la condición de que resten bienes fideicomitidos a la muerte del fiduciario. Piensa que el fideicomisario tiene derecho a la herencia desde el deceso del testador y que seguirá siendo heredero aunque no perciba bienes hereditarios, al menos respecto a los derechos no patrimoniales. Más concretamente, expresa: «El fideicomitente instituye heredero (segundo) al fideicomisario puramente, aunque es claro que si no quedan bienes, no podrá tomarlos, pero no porque se le haya nombrado bajo la condición de que queden, sino por la sencilla razón de que no lo hay. Lo mismo exactamente que si en sucesión corriente, no fideicomisaria, el causante instituye heredero a quien sea, y luego no deja bienes. Y a nadie se le ha ocurrido decir que entonces también el nombramiento de heredero es condicional porque puede no quedar bien ninguno cuando el causante fallezca. Piénsese que de admitirse la condicionalidad de que *queden bienes* del fideicomiso de residuo, como por igual razón debería admitirse la de cualquier institución de heredero, todas las instituciones de heredero serían condicionales. Insisto, pues, en que el fideicomiso de residuo no es, de por sí, una sustitución condicional, aunque sí lo será si se ordena bajo condición...». Con esta perspectiva coincide: COSTAS RODAL, L., «Tema VII: Las Sustituciones», *op. cit.*, págs. 378 y 383 – 386, al manifestar, entre otras cosas, que la cualidad de sustituto fideicomisario no está condicionada en cualquiera de las dos modalidades de fideicomiso de residuo, sino solo el *quantum*. En la sustitución fideicomisaria de residuo, el llamamiento del fideicomisario no depende de que se cumpla la condición de queden bienes hereditarios al morir el fiduciario. De ahí su estimación de que al tratarse el fideicomiso de residuo de una sustitución fideicomisaria pura, el fideicomisario adquiere su derecho a la sucesión a partir del fallecimiento del testador y, como le aplica el art. 784 del CC y no el art. 759 del CC, puede transmitir el mismo a sus sucesores, aun muriendo antes que el fiduciario. A favor de este enfoque, también, DÍAZ ALABART, S., *El Fideicomiso de Residuo: Su Condicionalidad y Límites*, *op. cit.*, págs. 14 – 16, 49 – 51, 199 – 201, 203 y 215 – 218; RDGRN núm. 10265 de 16 de julio de 2015, *supra.*; RDGRN núm. 8504 de 9 de junio de 2015, *supra.* Aparentemente en contra, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones: Principios de Derecho Civil*, tomo VII, *op. cit.*, pág. 121, señala que en el caso de la modalidad del fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, el llamamiento del fideicomisario está sujeto a la eventualidad de que algunos de los bienes fideicomitidos queden a la muerte del fiduciario. Algunas sentencias antiguas, también, aparentaban asumir la postura de que el fideicomiso de residuo es una sustitución condicional. Entre ellas, se encuentran: STS de 25 de mayo de 1971, *supra.*; STS de 22 de enero de 1969, Sala Civil, (RJ 1969/199); STS de 5 de julio de 1966, *supra.*; STS de 21 de noviembre de 1956, *supra.*; STS de 1 de diciembre de 1951, *supra.*; STS de 13 de noviembre de 1948, Sala Civil, (RJ 1948/1270). Estas sentencias, y otras más, fueron analizadas en detalle por DÍAZ ALABART, S., *El Fideicomiso de Residuo: Su Condicionalidad y Límites*, *op. cit.*, págs. 17, 107 – 112, 129 – 131, 139 – 148, 152 – 154, 162 – 167, para llegar a la conclusión de que, en su conjunto y por las razones detalladas que expone, tal jurisprudencia no es verdaderamente condicionalista. Reafirmando, así, su firme posición de que el fideicomiso de residuo es de por sí una sustitución pura y no una condicional, sujeta a la condición de que queden bienes. Sin descartar que el fideicomiso de residuo, pese a que no es esencialmente condicional, puede disponerse bajo una verdadera condición.

<sup>1170</sup> Al respecto, DÍAZ ALABART, S., «La Interpretación de la Voluntad del Fideicomitente en el Fideicomiso de Residuo», en *R.D.P.*, Enero – Febrero 2015, págs. 3, 8, nota 14, 10 – 13, 15 y 16 – 17, aunque reconoce que

Contrariamente, y de manera excepcional, la sustitución fideicomisaria que está regulada en los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC recae en el tercio de legítima estricta y, específicamente, en la parte legal que del mismo le corresponde a los descendientes no incapacitados. De ahí que la conservación de los bienes que son objeto del fideicomiso especial se conciba como parte de su esencia misma. La finalidad es beneficiar al fiduciario incapacitado con el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos. De ninguna manera, privar a los fideicomisarios no incapacitados de su derecho legitimario o, en otras palabras, y en términos prácticos, provocar su desheredación injustificada, lo que podría resultar si se

---

la obligación de conservar no es un elemento esencial del fideicomiso de residuo, sí entiende que, igual que en todas las sustituciones fideicomisarias, está presente como elemento natural. Afirmación que entiende se desprende de dos consideraciones. Primero, que el testador hubiera nombrado herederos sucesivos. Segundo, que este hubiese establecido limitaciones a las facultades de disposición del primer heredero. Para esta autora, ambos factores son indicativos de que el testador albergaba, al menos, la esperanza de que el fideicomisario recibiría algo de los bienes objeto del fideicomiso. Por lo que, la obligación de conservar no existiría si el testador permitió que el fiduciario dispusiera *mortis causa* y a título gratuito de los bienes fideicomitidos. De otra parte, sostiene que, tanto por vía directa como indirecta, se deben respetar las limitaciones de disposición que estableció el testador. Concretamente, defiende el criterio de que, salvo exclusión expresa del testador, en el fideicomiso de residuo rige el principio de subrogación real en el supuesto de que al fiduciario se le hubieran concedido facultades para disponer *inter vivos* y a título oneroso, que estas fueran ejercidas y que los bienes que sustituyen a los fideicomitidos no sean consumibles. Siendo así, el bien que se recibe en contrapartida se convertirá en uno fideicomitado que, por lo tanto, a la muerte del fiduciario deberá pasar a los fideicomisarios. Evidentemente, lo señalado no ocurrirá si los nuevos bienes son consumibles y fueron agotados por el fiduciario. Se piensa que una perspectiva contraria a la subrogación real llevaría al absurdo de permitir que la enajenación transforme la naturaleza de los bienes fideicomitidos en propios del fiduciario, ya liberados de la carga del fideicomiso, por lo que podría disponer libremente de ellos a título gratuito, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, y a favor de personas, como los sobrinos del cónyuge, a los que el fideicomitente no hubiera ni pensado beneficiar. Y ello aunque en el fideicomiso de residuo el testador hubiera limitado las facultades dispositivas del fiduciario a las que fueran a título oneroso e *inter vivos*. En otras palabras, si no se admite la subrogación real, el fiduciario indirectamente estaría realizando actos dispositivos que el testador no permitió en el fideicomiso de residuo, como donar bienes o dejarlos en herencia, y, más aún, trató de evitar inútilmente. En definitiva, debe ser total el respeto a los límites establecidos por el causante y específicamente a la prohibición de disponer de los bienes fideicomitidos a título gratuito. Ya sea que la vulneración de los límites se efectúe de forma directa, donando o disponiendo *mortis causa* de los bienes objeto del fideicomiso, o indirectamente, mediante disposiciones a título oneroso que, a pesar de estar permitidas, convierten los bienes fideicomitidos en propiedad exclusiva del fiduciario, haciendo viable que este pueda disponer de ellos por cualquier título. En cuanto a este último asunto atendido por la autora, por un lado, la doctrina no es pacífica. Entre los estudiosos opuestos a esta perspectiva, se encuentran: NIETO ALONSO, A., «Sustitución Fideicomisaria de Residuo, Usufructo Testamentario de Disposición y Donación. La Atribución de Facultades Dispositivas y la Repercusión de la Situación de Necesidad», Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2014, pág. 88. Y, por otro, en la jurisprudencia tampoco existe una posición armónica sobre el particular. Por ejemplo, en la STS núm. 624 de 30 de octubre de 2012, *supra.*, se establece que la subrogación real debe funcionar con el fideicomiso de residuo, incluso en su modalidad *si aliquid supererit*, en el caso de que el testador hubiera limitado la facultad de disposición del fiduciario a los actos onerosos. Mientras, en la STS núm. 1042 de 7 de noviembre de 2008, *supra.*, se rechaza la aplicación de la subrogación real en un fideicomiso de residuo, básicamente por cuatro fundamentos. Primero, que el testador excluyó este principio al no limitar los actos onerosos *inter vivos*. Segundo, ante la advertencia del fideicomitente a los fideicomisarios de que no podrían limitar las facultades dispositivas del fiduciario. Tercero, no se debe entender, salvo voluntad del testador, que el bien fideicomitado enajenado por el fiduciario es subrogado por la contraprestación adquirida. Ya que ello no significaría una sustitución de residuo, sino una íntegra en cuanto a su valor económico. Cuarto, que el testador definió que el fideicomiso se contraía a los bienes que su esposa no hubiera dispuesto mediante actos *inter vivos* a título oneroso. Lo cierto es que se acepte o no la teoría de que la subrogación real aplica al fideicomiso de residuo, según los parámetros discutidos por DÍAZ ALABART, ello no convertirá en compatible a esta institución jurídica con el fideicomiso especial y el régimen legitimario.

permitiera configurar a la sustitución fideicomisaria especial como un fideicomiso de residuo.

Si el legislador hubiese querido materializar esa circunstancia lo hubiera dispuesta expresamente. No olvidemos que el fideicomiso de residuo es excepcional, por lo que si para establecerlo se le exige al testador que lo haga expresamente, parece razonable que se le requiera al legislador que cuando lo permita también lo haga explícitamente, y particularmente en el supuesto de la sustitución fideicomisaria especial en el que constituirla de esta forma perjudica gravemente a otros sujetos, los colegitimarios no incapacitados. Al no hacerlo y tratándose esta institución fideicomisaria de una excepción a la regla de la intangibilidad de la legítima, se debe proceder a interpretar restrictivamente, y no de forma extensiva, los preceptos que la regulan y rechazar la posibilidad del fideicomiso del residuo. De todas formas, si el testador piensa que el mecanismo de la sustitución fideicomisaria excepcional no será suficiente para ayudar al descendiente legítimo incapacitado a satisfacer sus necesidades vitales, tiene la libertad de atribuirle el segundo y tercer tercio de su caudal hereditario.

A esto se añade que una interpretación favorecedora de que el fideicomiso especial tenga el carácter de una sustitución de residuo, sería contraria al derecho constitucional a la herencia y, en concreto, a su contenido esencial<sup>1171</sup>, que se reconoce y garantiza a través de los arts. 33.1 y .2 y el 53.1 de la CE de 1978. En la medida en que la aplicación del fideicomiso de residuo sobre el primer tercio de la herencia del causante resultaría en la vulneración de uno de los dos elementos que integran el ámbito individual del contenido esencial del derecho a la herencia. Nos referimos al derecho a suceder de los descendientes del causante, que bajo el supuesto específico del fideicomiso especial tiene que ver con el de aquellos que de este grupo parental no están incapacitados. Ya que de proveérsele al descendiente fiduciario incapacitado la autoridad para disponer de los bienes fideicomitados representativos de la legítima de los descendientes fideicomisarios no incapaces, no es solo que estos pudieran no disfrutar de su derecho legítimo, sino que tampoco lo podrán hacer sus propios sucesores, si, durante su vida, el incapaz, conjuntamente con el curador, o su representante legal, dispuso de todos ellos. Haciéndose, así, inoperante el derecho legítimo de los fideicomisarios no incapacitados.<sup>1172</sup> Porción legal que entendemos se

---

<sup>1171</sup> Tema que fue objeto de discusión en el primer capítulo de este trabajo.

<sup>1172</sup> A modo informativo, el Consejo de Ministros, de 21 de septiembre de 2018, decidió adoptar un Anteproyecto de Ley para reformar la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, que fue resultado del trabajo de la Comisión General de Codificación, donde la Sección de Derecho Civil se encargó de la propuesta de reforma del CC, la LH de 1946 y la ley del Registro Civil, mientras, la Sección de Derecho

adquiere desde el momento de la apertura de la sucesión y se hace íntegramente efectiva al manifestarse alguna de las causas que extinguen la sustitución fideicomisaria especial. Afirmación que fundamentamos no solo en la figura sucesoria elegida por el legislador para propósitos del gravamen, que por lo expuesto tiene una naturaleza más cónsona con el fideicomiso puro porque a través de ella tampoco se le confiere al fiduciario la facultad de disponer de los bienes fideicomitidos, sino sobre todo porque su objeto es la institución de la legítima.

## § 6

### **POSICIÓN JURÍDICA DEL FIDUCIARIO Y DE LOS FIDEICOMISARIOS: RESPECTIVOS DERECHOS Y OBLIGACIONES**

Para elaborar esta parte, nos centraremos en la distinción de dos etapas esenciales. Por un lado, el instante de la apertura de la sucesión. Y, por otro lado, el momento en que se extingue la sustitución fideicomisaria excepcional. A pesar de que el fiduciario incapacitado y los fideicomisarios no incapaces, como hemos señalado, suceden al testador y adquieren su derecho legitimario en el momento de la muerte de este, en el caso de los no incapacitados se verá pospuesta la efectividad de la atribución de los bienes hereditarios que le dan contenido

---

Procesal tuvo a su cargo lo referente a la LEC de 2000 y a la LJV de 2015. A través de su art. 36 se persigue enmendar el contenido del vigente art. 808 del CC, para adicionar un apartado quinto y modificar el contenido de su párrafo cuarto. El propósito de ello, entre otras cosas, es establecer expresamente que el fideicomiso especial es de residuo. Concretamente, la redacción preliminar de dicho precepto lee de la siguiente forma:

«Cuando alguno de los hijos se encontraren en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*.

Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne la privación de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique». Véase: Ministerio de Justicia, Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en Materia de Discapacidad, *supra.*, pág. 44.

Habría que ver si finalmente este Anteproyecto supera el proceso legislativo y se convierte en ley. Por nuestra parte, opinamos que no se le debería dar paso a esta enmienda porque, según hemos argumentado, un fideicomiso especial de residuo no solo es incoherente con la institución de la legítima, en particular, y el sistema legitimario, en general, sino que vulnera el contenido esencial del derecho constitucional a la herencia (arts. 33.1.-2 y 53.1 de la CE de 1948), ya que el efecto práctico de este tipo de gravamen fideicomisario podría ser la privación del derecho legitimario de los fideicomisarios no incapacitados y, a su vez, de sus propios sucesores, si el fiduciario incapaz dispuso de todos los bienes que lo integran. Si la sustitución fideicomisaria es una forma de gravamen que, conforme el art. 813.2 del CC, no se permite imponer sobre la legítima porque altera su intangibilidad cualitativa, no sería lógico que a través de la excepción del fideicomiso especial no solo se autorice este efecto, sino que el mismo se pueda hacer extensivo al supuesto de que el descendiente legitimario no incapacitado pueda ser despojado de su porción legitimaria. Tal posibilidad constituiría un error técnico jurídico porque la sustitución fideicomisaria especial tendría un efecto mayor al que debería obtener por ser una excepción a la regla general de no gravámenes cualitativos sobre la legítima. Circunstancia que, sin duda, generara muchas controversias legales que congestionarían los tribunales, con el consabido resultado de que se retrasara el cumplimiento del interés del testador, que es igual al propósito de la norma, de que su hijo o descendiente legitimario cuente con mayores recursos económicos en el momento en que este, por causa de su muerte, ya no pueda ayudarle.

a su legítima, por estar la misma sujeta al gravamen temporal del fideicomiso especial que el fideicomitente puede establecer en beneficio del descendiente incapaz.<sup>1173</sup> Lo que significa que, inicialmente, será el fiduciario incapacitado el propietario o titular temporal, o condicional, de los bienes fideicomitidos, titularidad en la que será sustituido por el fideicomisario no incapaz, al tiempo en que se extinga la sustitución fideicomisaria excepcional. Circunstancia que generará, como observaremos a continuación, que en las dos fases mencionadas, tanto el fiduciario como el fideicomisario, respectivamente, ejerzan ciertas facultades y asuman algunas responsabilidades respecto a los bienes que son objeto del fideicomiso especial.

#### A. Momento de la muerte del testador

Con la apertura de la sucesión y la aceptación de la herencia, se activa el fideicomiso especial y el descendiente legitimario incapaz se convierte en un propietario no definitivo de los bienes fideicomitidos, es decir, de la porción legitimaria de los fideicomisarios no incapacitados.<sup>1174</sup> En otras palabras, el incapacitado tiene un derecho de goce sobre los

---

<sup>1173</sup> Véase: NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, págs. 157 – 158; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1484.

<sup>1174</sup> Evidentemente, a la muerte del testador el fiduciario incapaz no puede haberle premuerto o ser indigno para sucederlo porque, de lo contrario, quedaría sin efecto la cláusula fideicomisaria, es decir, no hubiera nacido el fideicomiso especial y los bienes fideicomitidos pasarían al resto de colegitimarios no incapacitados o a los descendientes de estos, si aplicara el derecho de representación. Mientras, la legítima del incapaz seguirá el curso normal de las reglas del Derecho sucesorio, es decir, la aplicación del derecho de representación o el acrecimiento a los demás legitimarios. Esta consecuencia, perspectiva con la que coincidimos, no tiene nada que ver con que inmersa en el fideicomiso especial hay una sustitución vulgar. Es simplemente que, por causa de la premoriencia, indignidad o renuncia del único fiduciario incapaz, no surtirá efecto, es decir, se entenderá por no puesto, el gravamen de la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 14, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 164 y 165; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 79; COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, pág. 375. Añadiendo RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 6, que «[s]i la incapacitación termina antes del fallecimiento del causante desaparece la causa que habilita para gravar la legítima; la sustitución fideicomisaria, en su caso, se tendrá por no puesta y los herederos forzosos, a menos que se haya incorporado para tal evento una cautela de opción compensatoria, podrán hacer efectivos sus derechos inmediatamente». [Con similar criterio, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 157; NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 137; PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho Sucesorio como Instrumento de Protección del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 3, *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 133; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1479]. A modo de resumen, y a nuestro criterio muy acertadamente, SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pág. 461, expresa: «en el caso de que se ordene una sustitución que grave el primer tercio, no se puede plantear si esa sustitución implica la vulgar, porque el destino de los bienes está fijado por la ley (“de los que el testador no puede disponer...”) y a ellos se llama, por la ley, y en concepto de legitimarios a quienes lo sean, por derecho propio, no como sustitutos». Por

bienes que integran la legítima de los no incapaces, los que deberá devolverle a ellos por solo tener una titularidad temporal respecto a los mismos. Situación que le lleva a asumir facultades limitadas y ciertas obligaciones en relación con estos bienes fideicomitidos, que, como se verá, en ocasiones pudieran estar matizadas por el hecho de que el sujeto beneficiado en la sustitución fideicomisaria excepcional es alguno de los descendientes legitimarios que se encuentra incapacitado y que el objeto de este gravamen es la parte legal que en el tercio de legítima estricta les corresponde al resto de los descendientes que no sean incapaces.

Del párrafo segundo del art. 783 del CC se deriva que, en primer lugar, se deberá recurrir a la voluntad del testador para definir los deberes y derechos de los fiduciarios con relación a los bienes fideicomitidos, siempre que esta no sea contraria a las normas imperativas, que en el caso objeto de estudio tienen que ver con la protección del derecho legitimario de los fideicomisarios no incapaces. Si el testador no incluyó una disposición testamentaria sobre el particular, se deberá tomar en consideración la intención legislativa de la LPPPD para determinarlos.<sup>1175</sup> Aunque, lo cierto es que en el art. 781 del CC ya viene prefijada la imposición al fiduciario de la obligación de conservar y transmitir los bienes fideicomitidos a los fideicomisarios, lo que está, claramente, en conexión con la responsabilidad, que expresamente se le adscribe en el art. 783 del CC, de tener que hacerle entrega de los mismos a estos.

Para cumplir con esta encomienda, mayoritariamente, la doctrina<sup>1176</sup> ha entendido, luego de aplicar analógicamente, por ejemplo, los arts. 491.1<sup>1177</sup> y 977<sup>1178</sup> del CC<sup>1179</sup>, por no

---

su parte, RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, pág. 596, parece pensar que esos resultados tiene que ver con que la sustitución vulgar, igual que sucede respecto a la sustitución fideicomisaria normal, se entiende tácita en el fideicomiso especial. Igualmente, si el fiduciario incapaz renunció o repudió la herencia o legado antes de aceptarla o falleció después de la apertura de la sucesión, pero previo a su aceptación, no habrá nacido el fideicomiso especial y el derecho del fideicomisario no incapaz se consolida. En el caso de renuncia o repudiación de la parte de la herencia o legado sujeta al gravamen de la sustitución fideicomisaria especial, se entiende que se deberá considerar lo que se dispone en los arts. 889, 890 y 990, que se refieren a la posibilidad o no de aceptación y repudiación parcial. Véase: LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 205; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 80.

<sup>1175</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 108 – 109; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1485 – 1486.

<sup>1176</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 889 – 890, 893 y notas 112 y 113; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 284 – 285, 288 y notas 59 y 60, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 13 – 14, 16 y notas 58 y 59; «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de



contarse con una norma específica al respecto, que es preciso que el fiduciario incapacitado, ya sea complementando su capacidad con el curador, de haberse autorizado este tipo de intervención en la sentencia de incapacitación, o mediante su tutor o progenitor que tenga la patria potestad prorrogada o rehabilitada, realice un inventario de los bienes fideicomitidos. Encargo que se hace imprescindible ante el supuesto de la sustitución fideicomisaria especial, de una parte, porque los sujetos que deberán sufrir este gravamen son los descendientes legitimarios no incapaces del causante. Y, de otra parte, ante la posibilidad de que se materialice una confusión de bienes, por causa de que el fiduciario incapaz, como mínimo, sea titular de sus bienes personales, de aquellos que integran el patrimonio protegido que se hubiese constituido a su favor y que tenga, además, el patrimonio de los bienes fideicomitidos. Por ello, los fideicomisarios no incapacitados no solo podrán exigirle la formación del inventario al fiduciario incapaz, sino que, también, tendrán el derecho a intervenir en el mismo.<sup>1180</sup>

---

Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, págs. 1052, 1055 – 1056 y notas 23 y 24; RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, págs. 589 – 590 y nota 25; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 9, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 155 – 156; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 121 y 124; MORENO FLÓREZ, R. M.<sup>a</sup>, «La Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», *op. cit.*, pág. 1018, apunta que en el caso de que sea el tutor, con la intervención de los fideicomisarios, el que se deba encargar de realizar el inventario, el mismo deberá formarse judicialmente, conforme se dispone en los arts. 262 – 264 del CC; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 109 – 112 y 128; NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 156; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1485 – 1486; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pág. 472; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 199; GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Algunas Cuestiones Sobresalientes en la Reforma del Código Civil sobre la Protección de las Personas Discapacitadas o Incapacitadas», *op. cit.*, pág. 709.

<sup>1177</sup> En materia de usufructo, este precepto dispone: «El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado: 1.º A formar, con citación del propietario o de su legítimo representante, inventario de todos ellos, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles».

<sup>1178</sup> Respecto a la reserva viudal, este artículo establece: «El viudo o la viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y tasar los muebles».

<sup>1179</sup> Incluso, según GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Algunas Cuestiones Sobresalientes en la Reforma del Código Civil sobre la Protección de las Personas Discapacitadas o Incapacitadas», *op. cit.*, pág. 709, en base al texto del art. 3(a) de la LPPPD, que exige que como parte del contenido del documento público o la resolución judicial de constitución del patrimonio protegido se incluya «[e]l inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido».

<sup>1180</sup> Sobre el particular, DÍAZ ALABART, S., «La Interpretación de la Voluntad del Fideicomitente en el Fideicomiso de Residuo», *op. cit.*, págs. 15 – 16, comenta que la obligación de preparar un inventario de los bienes recibidos de un fideicomitente la tiene todo fiduciario, ya sea ordinario o de residuo. Destacando que la

Se estima, aplicando analógicamente el art. 493<sup>1181</sup> del CC, que el testador no podrá exceptuar al fiduciario incapaz de la responsabilidad de inventariar los bienes porque de lo contrario agravaría la posición de los colegitimarios no incapacitados hasta, incluso, llegar a provocarles un perjuicio cercano a la pérdida de su derecho legítimo.<sup>1182</sup> En otros términos, para los fideicomisarios constituirá una desventaja desconocer sobre qué bienes hereditarios recae el fideicomiso especial, que es lo mismo a no saber cuáles son los bienes que integran su legítima.<sup>1183</sup>

La formación del inventario es una obligación que necesita cumplirse porque es una medida razonable para proteger los intereses de los fideicomisarios, que, a su vez, se justifica en la esencia misma de la institución fideicomisaria y su buen funcionamiento.<sup>1184</sup> A lo que se añade que su elaboración no quebranta la finalidad de la LPPPD porque en nada afecta al fiduciario incapacitado.<sup>1185</sup> Su propósito es determinar fehacientemente el contenido de la herencia fideicomitida, es decir, individualizar los bienes o derechos que deberán ser restituidos. Evitándose, de esta forma, que se confundan el patrimonio fideicomitido con los otros en que el fiduciario incapacitado también es titular. Además de servir de prueba del estado en que se encontraban los bienes, asunto importante en caso de que en el momento de su restitución el fideicomisario tuviera que exigirle responsabilidad al fiduciario por el deterioro de los mismos.<sup>1186</sup>

---

aplicación del principio de subrogación real hará un poco más complejo el inventario de los bienes fideicomitidos en el residuo, ya que se deberá consignar tanto el bien que se hubiera dispuesto como aquel que vino a sustituirlo. Complejidad que considera no se da en el fideicomiso ordinario porque mediante este no se puede vender sin autorización y de ello ocurrir, ya quedará constancia al respecto.

<sup>1181</sup> «El usufructuario, cualquiera que sea el título del usufructo, podrá ser dispensado de la obligación de hacer inventario o de prestar fianza, cuando de ello no resultare perjuicio a nadie».

<sup>1182</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 199.

<sup>1183</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, pág. 121.

<sup>1184</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1486. Véase, además, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 9, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 155 – 156.

<sup>1185</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, pág. 121.

<sup>1186</sup> NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 156; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1486; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 123.

Hay quien, incluso, ha entendido que el inventario es la consecuencia que se deriva de la necesidad de efectuar una partición hereditaria.<sup>1187</sup> Reparto de los bienes que puede ser peticionado tanto por el fiduciario incapaz, a través de su representante legal, como por el fideicomisario no incapacitado, siempre que sean herederos o legatarios de parte alícuota.<sup>1188</sup> Y en el cual, por tratarse de una partición consensual, ambas partes deberán intervenir y dar su consentimiento. La idea es que se fije el valor y la composición de los lotes que conforman la legítima corta. Más específicamente, que se determinen: (1) los bienes que integran el derecho legitimario del incapacitado, que no está sujeto a gravamen alguno; (2) aquellos que constituyen la porción de la legítima de los fideicomisarios que no está gravada con el fideicomiso especial, asignándosele a cada uno de ellos los que en tal concepto les correspondan; y (3) los que forman la parte que debe soportar el gravamen fideicomisario excepcional. En este último caso, la determinación de los bienes específicos que deben asignarse a las legítimas de cada uno de los fideicomisarios no incapaces, pudiera ser producto de otra partición que estos realizarán después del evento de la sustitución.<sup>1189</sup>

En cambio, la doctrina no es pacífica en cuanto a la posibilidad de que los fideicomisarios no incapacitados puedan exigirle la prestación de una fianza al fiduciario incapaz. Hay autores que categóricamente descartan esta posibilidad. Ya sea porque entienden que el carácter excepcional de la obligación de prestar fianza impide que la aplicación de las normas que la imponen, tales como el art. 491.2, 800, 805, 978 del CC, se haga extensiva al supuesto de la sustitución fideicomisaria especial.<sup>1190</sup> Por considerar que esta solo sería una garantía más a la potestad que tienen los fideicomisarios no incapacitados de requerirle al fiduciario incapacitado responsabilidad por la mala administración de los bienes, razón que pudiera llevar al testador a dispensar al fiduciario de tener que prestar caución.<sup>1191</sup> Al estimar que se trata de un fideicomiso de carácter familiar que busca beneficiar especialmente al descendiente legitimario incapacitado, cuya naturaleza no es

---

<sup>1187</sup> NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 157.

<sup>1188</sup> art. 1052 del CC; art. 782.1 de la LEC de 2000.

<sup>1189</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 112 y 129.

<sup>1190</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 9, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 156.

<sup>1191</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 199 - 200.

compatible con la imposición de una fianza.<sup>1192</sup> O se oponen a la obligatoriedad de prestar caución por parte del incapacitado porque ello podría resultarle perjudicial hasta el límite de tener que renunciar a su nombramiento como fiduciario en el fideicomiso especial.<sup>1193</sup>

Otros estudiosos, debido a lo complejo de este asunto ante las características especiales de los sujetos y el objeto del fideicomiso especial, optan por no asumir una postura decisiva sobre el particular, sino más bien poner en contextos los dos polos en controversia. De una parte, como los bienes fideicomitidos pertenecen al tercio de legítima estricta, la constitución de la fianza es la única forma de asegurarle a los descendientes legitimarios no incapaces que, en su momento, percibirán su parte legal. De otra parte, este tipo de garantía no se ajusta con la intención legislativa de establecer una sustitución fideicomisaria especial para favorecer particularmente al descendiente legitimario incapaz.<sup>1194</sup> En otras palabras, es incoherente que se permita instituir un fideicomiso excepcional para ayudar a satisfacer las necesidades del incapaz y, a la misma vez, se le imponga una fianza que en la práctica es económicamente imposible de abonar.<sup>1195</sup>

Con una perspectiva diametralmente opuesta, se afirma que los fideicomisarios no incapacitados pueden exigirle al fiduciario incapaz la prestación de una fianza para garantizar su cumplimiento con la obligación de restituirles los bienes hereditarios representativos de su porción legítima. Criterio que se justifica en que la negación de esta posibilidad haría que la posición de los descendientes legitimarios no incapacitados, cuyo derecho ya ha sido

---

<sup>1192</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1486.

<sup>1193</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, pág. 124.

<sup>1194</sup> Por este mismo argumento, que se sustenta en la parte final del art. 3.1 del CC, en cuanto a que las normas deben interpretarse «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad», SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 473 – 474, piensa que la fianza no puede ser exigible en el supuesto del fideicomiso especial. Bajo el mismo fundamento, COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, pág. 372, también es contrario a que se pueda obligar al incapaz a prestar fianza.

<sup>1195</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 890; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 285, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 14; «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, págs. 1052 - 1053; RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, pág. 590. Igualmente con dudas, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Algunas Cuestiones Sobresalientes en la Reforma del Código Civil sobre la Protección de las Personas Discapacitadas o Incapacitadas», *op. cit.*, pág. 709, reconoce que: «no sabría decir si en la reforma del art. 808, apartado [4]º cabría o no exigir esa fianza o garantía, pues no creo que sea esa la intención del legislador, con lo que si el testador la impone pueden darse problemas en los Juzgados y Tribunales».

afectado por la norma, se agravara más aún por vía interpretativa.<sup>1196</sup> Otros argumentos en los que se apoya esta tendencia doctrinal son: (1) el hecho de que el objeto de la sucesión es el tercio de legítima estricta y las personas gravadas con el fideicomiso son los descendientes que tienen la cualidad de legitimarios; (2) la selección de la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria para cumplir con la finalidad legislativa de favorecer al incapacitado, desvela que el legislador también tenía el interés de que al extinguirse el fideicomiso especial los fideicomisarios no incapacitados recibieran íntegramente los bienes constitutivos de su legítima; (3) tratándose este esquema fideicomisario de una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, que permite que se afecte temporalmente la legítima de los descendientes no incapacitados, se estima que, incluso, sería cuestionable que el testador liberara al fiduciario incapaz de tener que abonar la fianza, si es que se considerase que, en general, existe la obligación de hacerlo; (4) bajo el criterio de que el fiduciario puede o no ser un descendiente legítimo y de que como máximo, por vía de la sustitución, se puede recibir el tercio de legítima corta, se piensa que el fiduciario incapacitado, además de recibir su legítima, en caso de tratarse de un descendiente legítimo, y el disfrute de los bienes fideicomitidos, percibirá el segundo y tercer tercio del caudal hereditario del causante, situación económica que le permitirá sufragar sin problemas la fianza que pudiera ser de la totalidad del primer tercio de la herencia.<sup>1197</sup>

A nuestro modo de ver, no es nada fácil posicionarse por uno de los dos intereses que se encuentran en contraposición ante el asunto sobre la obligatoriedad o no de que al fiduciario incapacitado se le exija la prestación de una fianza como garantía de que, en su día, le entregará a los fideicomisarios no incapacitados, si no el bien mismo, sí su valor. Por un lado, la no obligación del fiduciario incapaz de tener que prestar fianza se podría justificar en que el beneficiario de la sustitución fideicomisaria especial es un descendiente legítimo que además tiene la condición de incapacitado y que, justamente, la finalidad de la LPPPD es ayudarlo a que disponga de bienes suficientes para que tenga una mejor calidad de vida. Circunstancias que hacen ilógica la pretensión de que al incapaz se le imponga una fianza sobre los bienes fideicomitidos. Por otro lado, lo contrario, es decir, el deber de prestar fianza, puede sostenerse en que el fideicomiso especial resulta ser una excepción a la regla general de que la legítima es intocable, que aunque viabiliza que se grave la parte legal que a

---

<sup>1196</sup> NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 158.

<sup>1197</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 124 – 125 y 128.

los descendientes legitimarios no incapacitados les corresponde en el primer tercio de la herencia, es evidente que la intención legislativa no era que se les despojara de su derecho legitimario, por causa de favorecer al que de este grupo parental fuera incapacitado. Más bien que estos recibieran su porción legitimaria entera, después de extinguirse el gravamen fideicomisario. Resultado que, sin duda, estaría asegurado mediante el recurso de la fianza.

No obstante, descartando el análisis individual de las particularidades de cada uno de los intereses en controversia y optando por un acercamiento conjunto y enfocado en relación con el propósito de la LPPPD y los de la propia norma que regula la sustitución fideicomisaria especial, nos atrevemos a proponer la siguiente solución. El fiduciario tendrá la obligación de prestar fianza, si esta garantía fue impuesta por el propio fideicomitente. Partimos del hecho de que nadie mejor que el testador para saber si, con las posibles atribuciones hereditarias que está facultado a hacerle al descendiente incapacitado, que incluye su legítima, los bienes fideicomitados y hasta el segundo y tercer tercio de su herencia, el fiduciario incapaz contará con la capacidad económica para asumir el pago de la fianza, sin verse con ello afectado. Sin duda, siendo al ascendiente fideicomitente al que más le interesa que las necesidades vitales del incapaz estén debidamente cubiertas para el tiempo en que ya no esté vivo, no le va a imponer a este una garantía que le sea imposible abonar. De esta forma se alcanza un balance entre el beneficio que se le provee al fiduciario incapacitado con la sustitución fideicomisaria especial y el gravamen que deberán soportar los fideicomisarios no incapacitados en su legítima, de ordinario, por el máximo de toda la vida del incapaz, puesto que con la garantía de la fianza, al final de ese tiempo, se les asegurará que, al menos, en valor podrán disfrutar íntegramente de la misma. Siendo esta última, otra de las aspiraciones del legislador, según se desprende del texto de los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC, relacionados con la institución del fideicomiso especial.

Si el testador no dispuso nada sobre el particular, pensamos que la obligación de la fianza deberá depender de si su imposición resulta o no onerosa para el incapacitado. Por ejemplo, en el caso de que el testador le dejara al descendiente legitimario incapaz, además de su legítima y del uso y disfrute de los bienes fideicomitados, el tercio de mejora y hasta, incluso, el de libre disposición, este tendría que prestar fianza al no resultarle gravoso y, a la vez, ser beneficio para los fideicomisarios no incapaces que tienen que soportar el aplazamiento en el disfrute de su legítima. En cambio, si el fideicomitente solamente favoreció al incapacitado con el establecimiento de una sustitución fideicomisaria excepcional, por oneroso, este no deberá asumir el pago de una caución. De esta manera, se es coherente con la intención legislativa, plasmada tanto en la LPPPD como en las normas

que regulan el fideicomiso especial, de ayudar económicamente a los descendientes legitimarios incapaces para que puedan satisfacer adecuadamente sus necesidades esenciales.<sup>1198</sup> En todo caso, si entre los bienes fideicomitidos, constitutivos de la porción legitimaria de los no incapacitados, hay inmuebles o derechos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, conforme a los arts. 51.6 y 82 del RH de 1947, los fideicomisarios tendrán la potestad de petitionarle al fiduciario incapacitado que su derecho legitimario se de a conocer haciéndose constar la cláusula del fideicomiso especial en la inscripción de la herencia o legado.<sup>1199</sup> Incluso, de acuerdo con el art. 6 (c) de la LH de 1946, si el fiduciario incapaz no hubiera inscrito su derecho, el fideicomisario podría instar la inscripción de los bienes fideicomitidos a favor del incapacitado para que se hiciera constar la sustitución fideicomisaria especial en la que se desvela su derecho legitimario aplazado sobre los mismos.<sup>1200</sup>

De lo que no cabe duda es que mientras el fiduciario incapacitado esté en poder del fideicomiso especial, este será el dueño provisional o condicional de los bienes y derechos que lo integran. Y, como tal, podrá poseerlos, e incluso tener hasta la posibilidad de reivindicarlos de quien los posea, conforme se establece en el art. 348 del CC, de utilizarlos, administrarlos y gestionarlos y hacer suyos, según se dispone en el art. 354 del CC, los frutos y rendimientos generados por estos, sin que en ello pueda intervenir o perturbarle el fideicomisario no incapacitado.<sup>1201</sup> Precisamente, como consecuencia de ese disfrute y

---

<sup>1198</sup> Destacar, además, que habrán situaciones en las que la administración de los bienes fideicomitidos sería del tutor o curador del incapacitado, razón por la que se le podría exigir a él la responsabilidad de prestar fianza ante la posibilidad de una mala gestión. Sin olvidar que esa administración tiene controles externos.

<sup>1199</sup> Véase: RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, pág. 590; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 890 y nota 115; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 285 y nota 64, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 14 y nota 63; «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1053 y nota 28; COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, págs. 374 – 375; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 129; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 10, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 158.

<sup>1200</sup> Ello de manera similar a lo que ocurre con las inscripciones de derechos reales sobre fincas no inscritas, regulado en el art. 312 del RH de 1947, y sobre la anotación preventiva de suspensión de embargo al no constar inscrita la propiedad de los bienes embargados, según dispuesto en el arts. 140. 2 y .3 del RH de 1947. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 129; RDGR de 24 de mayo de 1983, (RJ 1983/6971); SAP de Valencia, núm. 178, de 18 de abril de 2000, Sección 7ª, (AC 2000/1203); SAP de Navarra de 31 de julio de 1993, (AC 1993/1394).

obtención de los frutos, deberá asumir, por analogía con el art. 500 del CC, la responsabilidad de sufragar los gastos ordinarios relacionados con el uso y la producción de los bienes fideicomitidos, que son indispensables para su conservación y mantenimiento. Obligación que guarda justa correlación con el hecho de que respecto a los frutos el fiduciario incapaz sí es dueño definitivo, contrario a la titularidad temporal o condicional que tiene sobre los bienes y derechos que son objeto del fideicomiso especial, siendo, así, aplicables los arts. 451 y 452 del CC.<sup>1202</sup>

Por su condición de administrador, el fiduciario incapaz, o más bien su representante legal, está facultado, aplicándose analógicamente el art. 507.1 del CC, para cobrar no solo los créditos del fideicomiso frente a terceros, sino además para reclamar, según permitido por el art. 783 del CC, aquellos de los que fuera titular ante el fideicomitente.<sup>1203</sup> Igualmente, podrá

---

<sup>1201</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, págs. 594 y 595; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 891; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 285 – 286 y nota 65, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 14 y nota 64; «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1053 y nota 30; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 113; MORENO FLÓREZ, R. M<sup>a</sup>, «La Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», *op. cit.*, pág. 1018; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 9, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 155; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 200.

<sup>1202</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 113 y 120; RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, pág. 597; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 892; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 287, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 15; «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1054; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pág. 478. En relación con la sustitución fideicomisaria ordinaria, véase: GORCA GALICIA A., «Artículo 781 del CC», en Comentarios al Código Civil, Tomo IV, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 5720, «Artículo 783 del CC», en Comentarios al Código Civil, Tomo IV, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 5730. Y desde una perspectiva de los fideicomisos catalanes, puede consultarse: PUIG FERRIOL, L., *El Heredero Fiduciario*, *op. cit.*, págs. 251 – 252.

<sup>1203</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 120; RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, pág. 594; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 200; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 892; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 287, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de



realizar los contratos que estime conveniente sobre los bienes fideicomitidos, pero los mismos se resolverán, en equivalencia con el art. 480 del CC, cuando tenga lugar la extinción de la sustitución fideicomisaria especial, es decir, cuando llegue el momento de cumplir con la obligación de entregarle los bienes objeto del fideicomiso excepcional a los fideicomisarios no incapaces.<sup>1204</sup> Así también, de ser heredero, deberá responder de las deudas hereditarias, en mayor o menor medida, dependiendo de si aceptó la herencia pura o simplemente o a beneficio de inventario. Teniéndose en cuenta que por tratarse de un fiduciario incapacitado que, además, está sometido a tutela, la regla general será que su aceptación será a beneficio de inventario, salvo que, conforme el art. 270.4 del CC, su tutor hubiera requerido y obtenido una autorización judicial para aceptarla pura y simplemente. En caso de que el incapaz estuviera sometido a la guarda de la curatela, para poder aceptar la herencia con o sin el beneficio de inventario, de acuerdo al análisis conjunto de los arts. 290 y 996 del CC, necesitará estar asistido por el curador, a menos que la sentencia de incapacitación dispusiera otra cosa.<sup>1205</sup>

Incluso, el fiduciario incapacitado puede hacerle mejoras útiles a los bienes fideicomitidos, siempre que, en paralelismo con el art. 487 del CC, respete la forma y sustancia de los mismos. No es solo que la obligación de restitución es respecto a los bienes que fueron percibidos, sino que una mejora que incide en la sustancia de los bienes objeto del fideicomiso especial puede ocasionar que se altere la composición del patrimonio fideicomitido y, por ende, vulnerar el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, en cuanto a que los fideicomisarios no incapacitados tienen derecho a recibir su porción legitimaria en bienes hereditarios, conforme se establece en el art. 808 del CC. De ahí que no

---

Habitación», *op. cit.*, pág. 15; «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, págs. 1053 y 1055. En cuanto a la sustitución fideicomisaria ordinaria, véase: GORKA GALICIA A., «Artículo 781 del CC», *op. cit.*, pág. 5720.

<sup>1204</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, pág. 594; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 118; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 200.

<sup>1205</sup> MORENO FLÓREZ, R. M<sup>a</sup>, «La Sustitución Fideicomisaria a Favor del Incapacitado», *op. cit.*, pág. 1018; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 126; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 9, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 155. Véase, también, DÍAZ ALABART, S., «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1053; RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, pág. 594.

se acepte que las transformaciones de los bienes fideicomitidos afecten su propia sustancia, a menos que estas se realicen dentro de los límites de una conservación dinámica. No obstante, este tipo de alteración sí se admitiría con el consentimiento de los fideicomisarios no incapaces. Asentimiento que también será preciso que el fiduciario obtenga, en el caso de que a los bienes fideicomitidos se les haga cualquier transformación o modificación que exceda de lo que se puede considerar como gestión y conservación.<sup>1206</sup>

Como contrapartida de ese deber de conservar está el que el fiduciario incapacitado no puede disponer libremente de los bienes fideicomitidos, a menos que lo haga con el gravamen fideicomisario. Es decir, sujetos a la pendencia del momento en que se extinguirá la sustitución fideicomisaria excepcional y los bienes tengan que serle entregados a los fideicomisarios no incapaces. Facultad dispositiva que se fundamenta en el último párrafo del art. 82<sup>1207</sup> del RH de 1947 y en el art. 107.10<sup>1208</sup> de la LH de 1946 y que el fiduciario incapacitado, sujeto a la institución de la curatela, podrá ejercer, según el art. 290 del CC, con el asentimiento del curador o, en caso de estar sometido a tutela, a través de su representante legal que, de acuerdo a los arts. 166 y 271.2 del CC y al art. 5.2 de la LPPPD, deberá gestionar una autorización judicial para ello.<sup>1209</sup>

---

<sup>1206</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 114 y 118. Véase, además, RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, págs. 594 - 595; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 891; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 286, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 14 - 15; «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1053.

<sup>1207</sup> «El adquirente de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria podrá obtener, en su caso, a través del expediente de liberación de gravámenes regulado en los artículos 209 y 210 de la Ley, la cancelación del gravamen fideicomisario si han transcurrido treinta años desde la muerte del fiduciario que le transmitió los bienes sin que conste actuación alguna del fideicomisario o fideicomisarios».

<sup>1208</sup> «Podrá también hipotecarse: [...] Décimo. Los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante».

<sup>1209</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 891; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 286, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 15; «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1054; RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, pág. 596; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 114 - 115. Respecto, exclusivamente, a la sustitución fideicomisaria normal, véase: GORKA GALICIA A., «Artículo 781 del CC», *op. cit.*, págs. 5720 - 5721.

Sin embargo, es necesario aclarar que esta imposibilidad de enajenar definitivamente los bienes fideicomitidos no implica que existe una prohibición absoluta de disponer. Hay supuestos en los que, por virtud de la potestad de administración y gestión, el fiduciario incapaz puede enajenar o disponer como libres de los bienes objeto del fideicomiso especial, es decir, sin sumisión a límite temporal alguno. Por ejemplo, cuando el acto dispositivo sea necesario para evitar el menoscabo del caudal fideicomitido y, por ende, la afectación definitiva del derecho legitimario del fideicomisario no incapacitado, convirtiéndose así en un modo de satisfacer el deber de conservar. Circunstancia esta que habrá de justificarse. También, cuando la enajenación sea precisa para sufragar las deudas de la herencia del causante, o para evitar la pérdida física de cosas que por su naturaleza son deteriorables, o para costear los gastos extraordinarios de conservación requeridos en alguno de los bienes que son parte del fideicomiso especial.<sup>1210</sup> Igualmente, y en correspondencia con el art. 482 del CC, si se tratara de bienes consumibles o perecederos. En definitiva, cuando se trate de enajenaciones donde lo que se obtenga sirva para cubrir las obligaciones y cargas del patrimonio fideicomitido.<sup>1211</sup>

Fuera de estos supuestos excepcionales, el fiduciario deberá precisar del consentimiento del fideicomisario no incapaz para enajenar como libres alguno de los bienes objeto del esquema fideicomisario especial. Y contar además con el asentimiento del curador (art. 290 del CC), si se tratara de un incapacitado sometido a la institución de la curatela, o con la autorización judicial (art. 166 y 271.2 del CC y art. 5.2 de la LPPPD), si estuviese sujeto a la guarda de la tutela, tramitada mediante su representante legal. Aquellos actos dispositivos que efectuó el fiduciario incapaz sin el consentimiento del fideicomisario no incapacitado, al ser anulables, podrán ser impugnados por este, teniendo para ello, por aplicación analógica del art. 1301 del CC, cuatro años a partir de que tuvo conocimiento de dichos actos y en todo caso desde el momento en que tenga lugar la sustitución. De todas formas, por causa del principio de subrogación real, el bien fideicomitido enajenado será

---

<sup>1210</sup> Art. 803 de la LEC de 2000.

<sup>1211</sup> GORKA GALICIA A., «Artículo 781 del CC», *op. cit.*, pág. 5721; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1182 – 1183, «Problemas “habituales” en los Testamentos y Particiones con los Fideicomisos Normales y de Residuo», *op. cit.*, págs. 466 – 467, 468 - 470; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 119; RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, pág. 596; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 891; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 286, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 15; «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1054.

sustituido por el nuevo en la sustitución fideicomisaria especial.<sup>1212</sup> Lo que el incapacitado no podrá enajenar, ni aunque tuviera autorización judicial para ello, es su posición como fiduciario, debido al carácter especial de este esquema fideicomisario que, precisamente, se constituyó para su favor. Contrario a los fideicomisarios no incapaces que sí pueden disponer de su derecho hereditario, ya sea enajenándolo, hipotecándolo o gravándolo, y hasta ser incluso objeto de embargo.<sup>1213</sup>

En toda esta etapa previa a la extinción de la sustitución fideicomisaria especial, lo importante es que, en equivalencia con los arts. 497 y 1104 del CC, el fiduciario incapaz, o su representante legal, asuma la responsabilidad de conservar y administrar los bienes fideicomitados con la diligencia de un buen padre de familia, para poder así cumplir, en su día, con su otra encomienda de tener que restituirle los mismos a los fideicomisarios no incapacitados. Lo que significa que la conservación y administración deben ser dinámicas. Hay que tener presente que el objeto del fideicomiso especial es la totalidad o una parte de la legítima de los descendientes no incapacitados, que en su momento deberán recibirla íntegramente y en bienes hereditarios. Por lo que, las obligaciones de conservar para poder restituir, más que ser elementos naturales de la sustitución fideicomisaria excepcional, como sí lo son en la ordinaria, vienen a ser sus factores esenciales. Motivo por el que los fideicomisarios no incapacitados tendrán derecho a exigirle al fiduciario incapaz que

---

<sup>1212</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 9 y 10, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 156 y 158; GORKA GALICIA A., «Artículo 781 del CC», *op. cit.*, págs. 5721 y 5723 - 5724; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 891; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 286, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 15; «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1054; RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, pág. 596; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 115, 119 – 120, 128 y 133; PUIG FERRIOL, L., *El Heredero Fiduciario*, *op. cit.*, págs. 221 – 222. Véase, además, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1180 y 1183 – 1184, «Problemas “habituales” en los Testamentos y Particiones con los Fideicomisos Normales y de Residuo», *op. cit.*, págs. 465 y 470.

<sup>1213</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 10 y 11, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 158 y 159; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 128. Aunque, al no contarse con jurisprudencia que ayude a comprender mejor la figura de la sustitución fideicomisaria especial, pudiera haber quien argumente que, en paralelo con lo que se dispone en cuanto al derecho de usufructo en el art. 498 del CC, el fiduciario podría tener la facultad de transmitir su posición como tal, siempre que el testador no se lo hubiera prohibido. Perspectiva, con la que, por lo expuesto en este escrito, no estaríamos de acuerdo.

conservar los bienes objeto del fideicomiso especial como lo haría un buen padre de familia.<sup>1214</sup>

## B. Momento en que se extingue el fideicomiso especial

En términos generales, la extinción de la sustitución fideicomisaria especial puede ser resultado de diversas causas. Por un lado, del vencimiento del plazo que el testador impuso para su efectividad, como, por ejemplo, que el fiduciario incapaz alcanzara cierta edad, llegara a una cuantía específica de patrimonio o de ingresos, tuviera una mejoría concreta en su salud, aunque ello no resultara en la modificación de su condición de incapacidad, o al cumplirse cierto número de años. Por otro lado, del fallecimiento del descendiente legitimario incapacitado. Y, por último, de que el fiduciario incapaz hubiese recuperado su capacidad.<sup>1215</sup>

---

<sup>1214</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., págs. 122 y 128; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, op. cit., pág. 1180.

<sup>1215</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta», op. cit., págs. 2012 – 2013 y 2014 - 2015, «Comentario al Art. 808», op. cit., págs. 5867 y 5868 - 5869; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, op. cit., págs. 1478 y 1479; GORKA GALICIA A., «Artículo 782 del CC», op. cit., pág. 5728; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», op. cit., págs. 203 – 205, además de coincidir con las mencionadas posibles causas de extinción del fideicomiso especial, añade las siguientes: (1) la renuncia del descendiente incapacitado a su posición como fiduciario, luego de haber aceptado la herencia o legado en la que se establece la sustitución fideicomisaria excepcional, y, por ende, al gravamen sobre el tercio de la legítima corta, que fuera establecido por el fideicomitente para su beneficio; (2) la muerte de todos los fideicomisarios no incapaces, luego de haber fallecido el fideicomitente, y sin tener estos más sucesor que el propio fiduciario incapacitado. El primer supuesto implicaría que los colegitimarios no incapaces adquirirían la propiedad plena de los bienes hereditarios que integran su derecho legitimario. Mientras, ante el segundo, sería el fiduciario incapaz el que adquiriría plenamente los bienes fideicomitidos, cuando se le certificara como único sucesor en las respectivas declaraciones *abintestato* de cada uno de los fideicomisarios no incapaces. En igual sentido, SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, op. cit., págs. 481 – 484, destacando, a nuestro parecer correctamente al aplicarse análogamente el art. 6.1 de la LPPD, que la declaración de fallecimiento del ausente debe entenderse incluida en la causa de la muerte, aunque con aplicación de las cautelas que se establecen en el art. 196 del CC, salvo la que se incluye en el párrafo tercero porque no se puede menoscabar a la legítima con legados. Coincidente, también, con lo planteado, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., págs. 76, 77, 78 y 80 - 81, enfatiza, con justa razón, que si la causa de extinción del fideicomiso especial es la fijación de un plazo y el fiduciario fallece antes de que el mismo se venza, los bienes fideicomitidos no pasarán a sus herederos, sino que operará la sustitución y serán los fideicomisarios no incapaces quienes los adquirirán plenamente. Aclarando, además, que de ser varios los fiduciarios incapaces llamados sucesivamente, la sustitución fideicomisaria especial no se extinguirá porque el intermedio hubiera renunciado a la herencia o legado. Ante esa circunstancia, los bienes fideicomitidos no pasarán a los fideicomisarios no incapaces, sino que deberán entregarse al subsiguiente fiduciario incapaz. [Véase, además, COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», op. cit., pág. 376; RDGRN de 26 de julio de 2003, (RJ 2003/6179)]. Finalmente, esta autora puntualiza que el fiduciario incapaz, además, se convertiría en heredero puro ante el contexto en el que el fideicomisario no incapaz, o todos, de ser varios, premuere al testador, es incapaz de suceder o renuncia a su derecho en el patrimonio hereditario del causante. A menos que, como se trata de la legítima, resulte aplicable, según dispuesto en los arts. 761 y 814 del CC, el derecho de representación por premoriencia o

Respecto a esta última causa, casi de forma unánime, enfoque con el que estamos de acuerdo, la doctrina estima que el cese de la incapacidad, manifestado luego de la apertura de la sucesión, solo se podrá justificar mediante otra sentencia judicial firme que declare que el originalmente incapacitado recuperó su plena capacidad de obrar, según claramente se exige en el art. 761.1<sup>1216</sup> de la LEC de 2000. Al ser la incapacidad, como previamente señalamos, una *conditio iuris* resolutoria implícita, su cese, refrendado por la sentencia modificativa de

---

incapacidad. Si alguna de las situaciones apuntadas solamente se da respecto a uno de los fideicomisarios no incapacitados y no cabe el derecho de representación, ya sea por no tener descendientes o porque al renunciar no procede, su parte legal incrementará por derecho propio, y no por el derecho de acrecer, conforme se establece en el art. 985.2 del CC, a la que le correspondería a cada uno de los demás legitimarios. [Véase, también, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1479]. En el caso de RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 6; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 10, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 158; RIVERA ÁLVAREZ, J. M<sup>a</sup>, «La Reforma de la Sustitución Fideicomisaria en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y la Indisponibilidad de la Legítima Estricta a favor de los hijos o descendientes», *op. cit.*, págs. 4204 – 4205; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 155 - 157, reducen las causas de extinción al fallecimiento del fiduciario y al cese de la incapacitación de este. Con una postura parecida, PUIG FERRIOL, L., «Protección del Discapacitado: Aspectos Sucesorios», *op. cit.*, págs. 299 – 300, también, considera que el fideicomiso especial puede extinguirse por causa de la muerte del fiduciario incapaz o de una sentencia firme que reintegre su capacidad. No obstante, aclara que si el fiduciario recuperó pronto su capacidad, de forma que tuvo por poco tiempo la titularidad temporal sobre el primer tercio de la herencia, será preferible que se entienda que «... podrá retener hasta su muerte la participación que le correspondiera sobre el tercio de legítima estricta de acuerdo con el principio de la división igualitaria del mismo, participación que se deferirá al tiempo de su muerte a los demás descendientes que tienen la condición de fideicomisarios». Mientras, PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho Sucesorio como Instrumento de Protección del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 3, *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 133, las limita a la muerte del fiduciario y al vencimiento de un término. Por su parte, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 134 – 135, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, págs. 780 – 781, únicamente admite la muerte del fiduciario como causa de extinción del fideicomiso especial. Ello debido a su concepción de que el objeto del gravamen fideicomisario excepcional es todo el tercio de legítima estricta. Lo que implica que el legislador, teniendo en cuenta el equilibrio de intereses entre todos los descendientes legitimarios, se inclinó porque el gravamen fideicomisario afectara tanto a la legítima de los no incapacitados como a la del incapaz. En el caso del fiduciario incapacitado, se beneficiaría de todos los bienes del primer tercio de la herencia del causante, a cambio de que todos ellos, incluyendo los correspondientes a su propia legítima, pasaran en su momento a los fideicomisarios no incapacitados. Mientras, estos últimos tendrían que soportar no poder disfrutar de su derecho legitimario al instante de la muerte del testador, a cambio de percibir más bienes hereditarios en el futuro. Bajo este contexto, para este autor «solamente la muerte del fiduciario estaría contemplada con seguridad como momento final del fideicomiso». Añadiendo que en caso de que cesara la incapacitación del descendiente legitimario fiduciario, «probablemente habría que rehacer la partición para lograr que todos los legitimarios recibieran su legítima estricta». En contra de tal postura, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 78 – 79, ha señalado que tampoco se alcanzaría el susodicho equilibrio de intereses, si el fiduciario incapacitado muere poco después de la apertura de la sucesión. La única manera en que no habría problema alguno adicional con que la sustitución fideicomisaria excepcional se extinguiera por causa del cese de la incapacitación del fiduciario o por cumplirse un término, distinto al de la muerte del incapaz, establecido por el fideicomitente, sería entendiéndose que el gravamen fideicomisario especial solo recae sobre la porción legitimaria de los fideicomisarios no incapacitados y que por ello no es necesario compensarlos.

<sup>1216</sup> «La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida».

la incapacitación y declarativa de la capacidad del fiduciario, ocasionará que el fideicomiso especial se resuelva y que, por ende, los bienes fideicomitidos, que son los representativos de la porción legitimaria de los descendientes no incapacitados, pasen, sin la limitación del gravamen fideicomisario, a los fideicomisarios.<sup>1217</sup> Es decir, esta circunstancia supondrá la supresión automática del fideicomiso especial y que, conforme al art. 813.2 del CC, se active con toda su eficacia el principio de intangibilidad cualitativa, en lo que respecta a su prohibición de que se impongan gravámenes sobre la legítima.

Es simple, si el requisito esencial legitimador de la sustitución fideicomisaria especial es la incapacidad del descendiente legitimario judicialmente declarada, la desaparición de la causa que propició la incapacitación del fiduciario, comprobada a través del procedimiento judicial de reintegración de la capacidad que se dispone en el art. 761 de la LEC de 2000, será razón suficiente para la extinción de dicho gravamen. En otras palabras, al ser la incapacitación un estado civil decretado por sentencia judicial, el mismo no puede modificarse por otro mecanismo que no sea otra sentencia en la que se restituya la capacidad. Otra posible justificación al criterio expuesto es que en el art. 6.1 de la LPPPD se incluye como una de las causas de extinción del patrimonio protegido, que la persona beneficiada deje de tener la condición de discapacidad, según se define en el art. 2.2 del mismo estatuto. Como el patrimonio protegido y la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta son mecanismos que el legislador permitió a través de la LPPPD para propiciar patrimonios separados que, respectivamente, sirvieran para proteger económicamente a los discapacitados en general y a los descendientes legitimarios incapacitados en particular, es coherente plantear que paralelamente el cese de la incapacitación, acreditado mediante sentencia, será una de las causas para la finalización del fideicomiso especial.<sup>1218</sup>

---

<sup>1217</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, págs. 2012 - 2015, «Comentario al Art. 808», *op. cit.*, págs. 5866 – 5868, por su parte, además de coincidir con lo expuesto, puntualiza que el testador no podrá evitar las consecuencias de que se cumpla la condición resolutoria de origen legal, que está implícita en el art. 808.4 del CC, mediante la inclusión de una disposición testamentaria en la que hubiera previsto que el fideicomiso especial continuaría vigente, aunque se hubiese quedado sin efecto la declaración judicial de incapacitación de su descendiente. Este autor entiende, a nuestro parecer correctamente, que con la desaparición de la incapacidad, prevalecerá el art. 813.2 del CC, que ya no permitirá que se grave la legítima, sobre la voluntad del testador. Igualmente, destaca que el testador podría prever expresamente que la sustitución fideicomisaria especial se extinga en vida del fiduciario, en caso de que este recuperara su capacidad de obrar, validándose este hecho a través de una sentencia judicial en la que se determine que cesó su incapacidad. En este contexto, se trataría de un fideicomiso excepcional sometido a la condición resolutoria explícita de que el fiduciario supere su condición de incapacitado.

<sup>1218</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1478. Véase, también, SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 483 y 484; NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, págs. 138 – 139; SOLÉ RESINA, J., «Capítulo 25: Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I*, *op. cit.*, pág. 1030; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones

Algún autor, sin embargo, ha comentado que esta causa de extinción del fideicomiso especial tiene el inconveniente de que el procedimiento de reintegración de la capacidad, según se establece en los arts. 761.1 y .2 y 757.1<sup>1219</sup>, .2 y .4<sup>1220</sup> de la LEC de 2000, no puede instarse por todos los potenciales legitimarios interesados en el cese de la incapacitación del fiduciario. Señala, por ejemplo, que, en la línea sucesoria colateral, ni los tíos ni los sobrinos, sino únicamente los hermanos, están legitimados para promover dicho proceso, a pesar de que su legítima podría ser la que estuviera soportando el fideicomiso.<sup>1221</sup> Ante tal preocupación, se ha ofrecido, con justa razón, la alternativa de que los colegitimarios interesados puedan acudir al Ministerio Fiscal para que decida, luego de examinar los hechos, si presenta o no una petición para comenzar el proceso de reintegración de la capacidad del fiduciario. Solución que claramente puede inferirse si se realiza una interpretación conjunta de los arts. 757.2<sup>1222</sup> y .3<sup>1223</sup> y 761.2<sup>1224</sup> de la LEC de 2000 y de la finalidad que se persigue a través de ellos.<sup>1225</sup>

---

que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 204; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 77 - 78; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 879; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 275, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 7; «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1049; RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, págs. 591 - 592; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, pág. 157; GORKA GALICIA A., «Artículo 782 del CC», *op. cit.*, pág. 5728. En contra de esta perspectiva, PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho Sucesorio como Instrumento de Protección del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 3, *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, *op. cit.*, págs. 133 - 134, a pesar de admitir que el mantenimiento de la vigencia de la sustitución fideicomisaria especial deja de tener sentido si el beneficiado con el gravamen recupera su capacidad de obrar antes de fallecer, concluye que ante la falta de previsión del legislador en cuanto a este asunto, será preciso que se aplique el régimen jurídico de las sustituciones fideicomisarias en general y que, en caso de que el testador no hubiera establecido un plazo, los fideicomisarios no incapaces podrán disfrutar de los bienes que integran su porción legítima, a la muerte del fiduciario. No descarta, sin embargo, la posibilidad de que el testador establezca un fideicomiso especial condicional, en el que la permanencia de la incapacidad sea la condición para que el fiduciario mantenga los bienes fideicomitados hasta su muerte. Si la incapacidad judicial no fue dispuesta expresamente por el testador como una condición, no podrá considerarse como tal porque, al ser un elemento accidental, su existencia está supeditada a la voluntad del causante. En definitiva, es su parecer que en la sustitución fideicomisaria especial la incapacidad puede, como mucho, ser una *conditio iuris* «para que pueda desplegar sus efectos la sustitución, pero, una vez, cumplida, ningún precepto exige que se mantenga inalterada».

<sup>1219</sup> «La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz».

<sup>1220</sup> «No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela».

<sup>1221</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 134, nota 36.



Para efectos de aclaración, es necesario puntualizar que la diferencia esencial entre las tres aludidas causas radica en que sus respectivos acontecimientos producirán diversas circunstancias que redundarán en la extinción del fideicomiso especial. Más concretamente, con el cumplimiento de un término incierto, como lo es la muerte del fiduciario incapaz, o de uno cierto, como puede ser el plazo de duración que el testador impuso para la vigencia de esta institución fideicomisaria excepcional, se produce la sustitución prevista por el fideicomitente, es decir, se cumple su voluntad. Distintamente, el advenimiento de la condición resolutoria de la recuperación de la capacidad del fiduciario provoca que se pierda la justificación del gravamen fideicomisario sobre la legítima corta y que, por ende, se deje sin efecto la mencionada previsión del testador. Significa que mientras la extinción del fideicomiso especial es la consecuencia de que se hubiera materializado la sustitución debido al suceso de cualquiera de las dos primeras causales, con el acaecimiento de la tercera causa tal efecto se deberá a todo lo contrario, en otras palabras, a que no se verifique la sustitución que en su día previó el fideicomitente.<sup>1226</sup>

No obstante, el resultado de cada una de estas causas de extinción de la sustitución fideicomisaria excepcional será el mismo. De una parte, caducará la titularidad, con facultades limitadas, que hasta el momento ha tenido el fiduciario incapacitado sobre los bienes objetos del fideicomiso, que son los que, justamente, dan contenido a la legítima de los fideicomisarios no incapacitados. De otra parte, y como consecuencia de lo anterior, los bienes fideicomitados transitarán a los descendientes legitimarios no incapaces, adquiriendo

---

<sup>1222</sup> «El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado».

<sup>1223</sup> «Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal».

<sup>1224</sup> «Corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior [, que tiene que ver con dejar sin efecto o modificar la incapacitación], a las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado. [...]».

<sup>1225</sup> Véase: DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 879, nota 69, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 275, nota 22. «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 8, nota 21; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *supra.*, págs. 263 y 264; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 78; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 158 – 159; NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 139.

<sup>1226</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, págs. 2013 y 2015, «Comentario al Art. 808», *op. cit.*, págs. 5868 – 5869.

estos, finalmente, la plena propiedad sobre ellos. Circunstancia que está garantizada no solo por el propio mecanismo de la institución elegida por el legislador para permitir el gravamen sobre la legítima de los fideicomisarios no incapacitados, sino también, y sobre todo, por la naturaleza jurídica de la legítima que persiste como *pars bonorum*, que, conforme al art. 806 del CC, cuenta con la reserva en función de garantía de todos los bienes hereditarios.

Como hemos establecido previamente, la sustitución fideicomisaria ordinaria pura o a término es la única que encaja con el fideicomiso especial que se regula en los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC, razón por la que sus efectos le resultan aplicables. Claro está, siempre que se tome en consideración que el objeto de la sustitución fideicomisaria especial es la legítima corta y que su presupuesto subjetivo son los descendientes legitimarios del ascendiente testador, siendo beneficiados los que de este grupo parental sean incapacitados y gravados, en cuanto al momento en que efectivamente podrán disfrutar de los bienes hereditarios que integran su legítima, los que no estén incapacitados.

De ahí que al analizar el art. 784 del CC, e incluso el art. 799 del CC, en conjunto con este contexto, pueda afirmarse que los fideicomisarios adquieren un derecho legitimario actual y verdadero, y no una mera expectativa, desde el momento de la muerte del ascendiente testador. O lo que es lo mismo, desde la apertura de la sucesión del fideicomitente se produce la delación a favor de los descendientes legitimarios no incapacitados. Con la única salvedad, producto de que la institución del fideicomiso especial es una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, de que verán pospuesto su disfrute sobre los bienes que integran su cuota legitimaria porque su derecho está sometido a un término inicial, que, como ya hemos mencionado, puede ser cierto o incierto, e incluso al suceso del cese de la incapacitación, lo que ocurra antes. Los fideicomisarios no incapacitados ni son sucesores sujetos a condición, circunstancia que, de acuerdo al texto de los arts. 758.3 y 759 del CC, generaría incertidumbre en su llamamiento y, por tanto, en la posibilidad de transmitir su inestable derecho, o más bien expectativa, a la sucesión del causante, ni mucho menos voluntarios, puesto que se trata de descendientes legitimarios que, conforme a los arts. 806 y 813.1 del CC, tienen derecho a una porción legal en el patrimonio hereditario de su ascendiente testador, que no le puede ser privada por el fideicomitente, sino solo en los casos expresamente definidos en la ley, entre los cuales, como hemos expresado, no se encuentra el mecanismo sucesorio de la sustitución fideicomisaria excepcional. Razón por la que enfatizamos en que, igual que la lógica estructural de la sustitución fideicomisaria pura o a término y por la naturaleza del sistema legitimario, el fideicomisario no incapacitado adquiere la titularidad de su porción legitimaria

en la herencia de su ascendiente causante, y no una simple expectativa, desde el preciso instante del óbito de este, aunque la efectividad de dicho derecho se tenga que ver aplazado hasta la extinción del fideicomiso especial impuesto por el testador para beneficiar al fiduciario incapacitado.<sup>1227</sup>

---

<sup>1227</sup> NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, págs. 157 – 158; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 10 – 11, asumiendo la posición de la RDGRN de 8 de febrero de 1957, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 159, asumiendo la posición de la RDGRN de 8 de febrero de 1957; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 127 – 128; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1484. Véase, además, COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, pág. 376; RIVERA ÁLVAREZ, J. M.<sup>a</sup>, «La Reforma de la Sustitución Fideicomisaria en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y la Indisponibilidad de la Legítima Estricta a favor de los hijos o descendientes», *op. cit.*, págs. 4194 – 4196, 4204; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 125. Sobre la disparidad entre la sustitución fideicomisaria a término y la condicional, en cuanto al momento en que se produce la delación hereditaria a favor del fideicomisario, efecto jurídico, también denominado llamamiento, que será determinante para saber si el sucesor adquirió un derecho hereditario o una simple expectativa, véase: RDGRN de 31 de mayo de 2011, *supra*. Concretamente, en esta resolución se estableció: «En las sustituciones fideicomisarias de derecho común, la apertura de la sucesión se produce al fallecer el fideicomitente, generando la vocación de la herencia tanto a favor del fiduciario como de los fideicomisarios, si bien la delación hereditaria, con el *ius transmissionis*, sólo se produce de manera inmediata a favor de fiduciario y también a favor de los fideicomisarios si la sustitución fideicomisario lo es a término, que es lo normal si se hace depender exclusivamente de la muerte del fiduciario, por entenderse como término y no condición el *dies certus an incertus quando*, como acontece con la muerte, pudiendo transmitirla desde entonces a sus herederos, conforme el artículo 784 del Código Civil. Por el contrario, si nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria condicional, sólo se dará la delación cuando se cumpla la condición, y si muere antes, el fideicomisario no transmite derecho alguno a sus herederos, conforme el artículo 759 del Código Civil». Posición que se asumió en base a la STS núm. 160 de 28 de febrero de 1994, *supra*, en la que se estableció que en la sustitución fideicomisaria pura los efectos traslativos a favor del fideicomisario se suscitan a la muerte del fideicomitente, en la medida en que el fiduciario está obligado a conservar y transmitirle a este los bienes objeto del fideicomiso. Razón por la que está impedido de enajenar los mismos. Mientras, en las sustituciones fideicomisarias condicionales el fiduciario puede disponer de los bienes fideicomitados, ante la posibilidad de que se convierta en el propietario definitivo de ellos, si no se cumpliera la condición a la que está sujeta la sustitución. De cumplirse la condición, los fideicomisarios podrán impugnar los actos dispositivos realizados por el fiduciario porque, conforme al art. 784 del CC, su derecho a la adquisición de los bienes es retroactivo al momento del deceso del fideicomitente y no al del fallecimiento del fiduciario. Lo que es indicativo de que bajo este supuesto, los efectos traslativos a favor del fideicomisario, es decir, la adquisición de su derecho sucesorio, se hacen depender del cumplimiento de la condición impuesta. También, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones: Principios de Derecho Civil*, tomo VII, *op. cit.*, págs. 118 – 120, opina que en la sustitución fideicomisaria pura se produce, además, la delación hereditaria a favor del fideicomisario desde la muerte del causante o, lo que es lo mismo, en la fase fiduciaria. Por un lado, porque el art. 784 del CC expresamente lo dispone. Por otro lado, a causa de la lógica de la estructura de esta figura que hace que el fideicomisario sea heredero del testador y no del fiduciario. Implica que desde la apertura de la sucesión del fideicomitente, el fideicomisario será titular de su derecho hereditario, aunque la efectividad del mismo se verá postergada hasta que culmine la fase fiduciaria, instante en que se consolidará su adquisición hereditaria y podrá reclamarle al fiduciario o a los herederos de este, dependiendo del caso, la posesión de los bienes. Por eso, conforme el art. 784 del CC, puede transmitir dicho derecho tanto *mortis causa*, a sus propios herederos, como *inter vivos*. Incluso, podría aceptar la herencia en vida del fiduciario. Si bien, en términos prácticos, no tendría mucho sentido, ya que hasta la muerte del fiduciario, será este el que ostente la condición de heredero. Lo conveniente será que se definan las facultades del fideicomisario, como titular definitivo que resulta ser, para defender la integridad de la herencia y, por ende, su derecho a la sucesión del causante, de manera que pueda exigirle al fiduciario el debido cuidado de los bienes hereditarios y el efectivo cumplimiento de su obligación de custodiar los mismos. Contrariamente, este autor considera que cuando el testador sujeta la efectividad del llamamiento del fideicomisario a una estipulación condicional, la delación hereditaria a favor de este no se producirá únicamente por causa del deceso del fideicomitente, sino que se requerirá del cumplimiento de la

Conclusión que resulta balanceada, por un lado, porque no es incompatible con la finalidad de ayudar al descendiente legitimario incapaz, que el legislador pretende conseguir a través de la constitución del fideicomiso especial. Y, por otro lado, porque, ante el hecho de que la sustitución fideicomisaria especial es una excepción a la regla general de no imposición de gravámenes sobre la legítima, posibilita una solución coherente y favorable para los colegitimarios no incapacitados, que son los que unilateralmente se ven perjudicados con el gravamen de este esquema fideicomisario excepcional.<sup>1228</sup>

Por ello, recalamos, los fideicomisarios no incapacitados, previo a que sea efectiva la atribución de los bienes hereditarios a su legítima, pueden disponer *inter vivos* de su derecho a la herencia y hasta transmitírselo a sus herederos, en virtud de lo dispuesto en los arts. 784 y 799 del CC, aunque hubiera fallecido antes que el fiduciario incapaz, o previo al vencimiento del plazo impuesto, siempre que hubiese sobrevivido al testador. Significa que la sustitución fideicomisaria especial no se extinguirá por el hecho de que el fideicomisario no incapaz hubiera premuerto al fiduciario incapacitado. Todo lo contrario, el derecho a la legítima del descendiente no incapacitado se mantendrá en su propia herencia y los bienes que conforman la misma pasarán a sus herederos y no a los del incapaz, cuando este muriera, cesara su incapacidad o se cumpliera el plazo dispuesto por el testador.<sup>1229</sup>

---

condición. De manera que ante este supuesto no aplicará el art. 784 del CC, que es exclusivo de la sustitución fideicomisaria pura, sino solo el art. 759 del CC, que sugiere que el fideicomisario no podrá transmitir derecho alguno a sus propios herederos, si, a pesar de haber sobrevivido al testador, no cumplió con la condición antes de fallecer. (En igual sentido, véase: COSTAS RODAL, L., «Tema VII: Las Sustituciones», *op. cit.*, págs. 357 – 358 y 369 - 370). Por su parte, ALBALADEJO, GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 11ª edición, *op. cit.*, págs. 279 – 281, y notas 2 y 4, sostiene que tanto en la sustitución fideicomisaria pura como en la sometida a término o a condición, con el óbito del fideicomitente, lo que adquieren los fideicomisarios es una expectativa de su derecho a la herencia. Con la diferencia de que en la pura o a término, la expectativa que adquiere el fideicomisario es una segura y, por tanto, transmisible a sus herederos, sin importar que este hubiera premuerto al fiduciario o fallecido antes del vencimiento del término. Ya que hay certeza de que la delación fideicomisaria se producirá, es decir, de que en el futuro nacerá el derecho hereditario del fideicomisario, ya sea porque se sabe que en algún momento morirá el fiduciario o llegará el plazo impuesto para que tuviera lugar la sustitución, según aplique. Esta es la hermenéutica que este autor hace del art. 784 del CC, por entender que en el texto de dicho precepto, inexactamente, se habló del «derecho» del fideicomisario a la sucesión del causante, cuando se debió hacer referencia a su «expectativa». Distintamente, es su criterio que en la condicional la expectativa que percibe el fideicomisario es una insegura e intransmisible a sus herederos, al depender esta del cumplimiento de una condición. Significa que el fideicomisario no podrá transmitir a sus herederos la expectativa del fideicomiso hasta que se cumpla la condición y que, por tanto, si este muera antes de que se cumpla la misma, según el art. 759 del CC, estos no la recibirían. Bajo estos tres supuestos, no obstante, el fideicomisario puede, desde la apertura de la sucesión del testador fideicomitente, renunciar a su expectativa o hasta, incluso, disponer de ella, con la limitación de que el adquirente, en el caso de la sustitución fideicomisaria condicional, la recibirá sujeta a la pendencia de la condición. Evidentemente, por lo expuesto en el texto, de estas dos posturas doctrinales nos inclinamos por la que defiende LASARTE ÁLVAREZ, más aún si se refiere al supuesto de una sustitución fideicomisaria especial.

<sup>1228</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1484.

Lo cierto es que la obligación de entregar los bienes fideicomitidos a los fideicomisarios no incapaces o sus herederos, en caso de que este hubiera premuerto al fiduciario, se activará al extinguirse el fideicomiso especial y dependiendo de la causa de extinción, fallecimiento del incapaz, vencimiento del término o recuperación de la capacidad, dicha responsabilidad deberá ser asumida por el descendiente legitimario incapacitado, conjuntamente con su curador o a través de su representante legal, o por sus propios sucesores. A partir de este suceso, dicha entrega podrá ser exigida por los fideicomisarios no incapacitados, siempre que hubieran aceptado su legítima, de haberle sido atribuida a título de heredero, o que no la hubiesen repudiado, en caso de que se tratara de una atribución a título de legado.<sup>1230</sup>

Sobre este aspecto, la doctrina se ha cuestionado la posibilidad de que sean compatibles las normas de percepción de la legítima en metálico con aquellas que permiten que la porción legitimaria de los descendientes no incapacitados esté sujeta a la sustitución fideicomisario especial. Específicamente, se han generado dos corrientes doctrinales opuestas en cuanto a si al final del fideicomiso, es decir, a la entrega de los bienes fideicomitidos que satisfacen la legítima de los fideicomisarios no incapaces, pueden resultar aplicables las normas de los preceptos que permiten la conmutación en metálico extrahereditario.

En contra de esta idea, cierto autor ha afirmado «que la nueva posibilidad de gravamen de la legítima estricta no permite que, además, la percepción de la legítima de los colegitimarios no incapacitados se verifique en metálico, mediante los mecanismos de los artículos 841 y ss. y el artículo 1.056 CC».<sup>1231</sup> Estima que aunque la finalidad de flexibilizar la percepción de la legítima es la misma tanto en la institución de la sustitución fideicomisaria como en la de pago en metálico, ambas difieren en el mecanismo para lograrlo. En la segunda este propósito se construye sobre la base de abonar las legítimas rápidamente. En cambio, en la primera se pretende conseguirlo mediante la imposición a los fideicomisarios no incapacitados de un aplazamiento significativo en el disfrute de los bienes hereditarios que conforman su derecho legitimario, puesto que, por lo general, podría

---

<sup>1229</sup> Véase: NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, págs. 157 – 158, nota 80; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 127.

<sup>1230</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 129; COBACHO GÓMEZ, J. A., «La Sustitución Fideicomisaria a favor del Descendiente Incapacitado», *op. cit.*, pág. 374. Véase, también, STS núm. 469 de 20 de mayo de 2002, Sala Civil, (RJ 2002/4449).

<sup>1231</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 131 – 133, esp. en la pág. 133.

extenderse a toda la vida del fiduciario incapaz. Considera que si el legislador hubiera querido que los fideicomisarios no incapaces recibieran su porción legitimaria en efectivo, le hubiese bastado con modificar las normas que regulan el supuesto general de pago en metálico para permitir que la misma les fuera abonada a la fecha de la muerte del descendiente legitimario incapacitado. También descarta, por entender que no es la forma más lógica de aseguramiento, que el legislador hubiera utilizado el mecanismo sucesorio del fideicomiso especial como garantía en caso de que el fiduciario incapacitado o sus herederos quisieran abonar en efectivo la legítima de los descendientes no incapacitados.

Igualmente opuesta, otra estudiosa<sup>1232</sup> sostiene, entre otras cosas, que la causa del aplazamiento en el pago de la legítima que se permite a través de los arts. 844 y 1056.2 del CC discrepa de la que se deriva del fideicomiso especial. Puesto que la de los preceptos que viabilizan la conmutación de la legítima tiene que ver con facilitar el pago de la misma en dinero. Mientras, la de la sustitución fideicomisaria excepcional es producto de su propia estructura, ya que serán sus llamamientos sucesivos los que provocarán que los fideicomisarios deban sufrir el aplazamiento en la adquisición de los bienes que dan contenido a su derecho legitimario. Destaca, además, que en la sustitución fideicomisaria especial la entrega de los bienes fideicomitados, de ordinario, será a la muerte del testador. Sin embargo, en los preceptos señalados, especialmente en el art. 844 del CC, es reducido el término para abonar la legítima en metálico extrahereditario. Aun en el caso de que el fideicomitente le hubiera impuesto al fiduciario incapaz un plazo para entregar los bienes a los fideicomisarios no incapacitados, el mismo no estará sujeto a prevención legal alguna, por lo que podrá establecer el que entienda más conveniente. En definitiva, es su parecer que, contrario a las normas de conmutación de la legítima, el fideicomisario capaz percibirá bienes de la herencia y no dinero extrahereditario, salvo que hubiese aplicado el principio de subrogación real, cuando estos se encontraban en poder del fiduciario incapacitado.

No obstante, otro autor considera viable que las normas introducidas por la LPPPD se articulen con el vigente régimen de legítimas. En concreto, es su parecer que, conforme a los arts. 841 al 847 y 1056.2 del CC, alguno de los fideicomisarios no incapacitados podría recibir su parte legal en efectivo, siempre que se respete su *quantum* legitimario.<sup>1233</sup> Incluso, se ha planteado que si a los descendientes legitimarios se les puede directamente pagar su

---

<sup>1232</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., págs. 42 – 43, 45 – 47 y 117.

<sup>1233</sup> RIERA ÁLVAREZ, J. A., «Protección Sucesoria de las Personas Discapaces», en *Marco Jurídico y Social de las Personas Mayores y de las Personas con Discapacidad*, (dir.) C. Rogel Vide, (coords.) M<sup>a</sup>. D. Díaz Palarea y D. M<sup>a</sup>. Santana Vega, Ed. Reus, S. A., 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2008, pág. 153.

legítima en metálico extrahereditario, a través de los arts. 841 y ss. del CC, no debe haber problema alguno con que a los fideicomisarios no incapaces indirectamente se les abone su porción legitimaria, mediante el efectivo que se hubiese obtenido por virtud de la subrogación real. Se entiende que con los diversos supuestos que excepcionan el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, tales como el art. 821, 841 al 847, 1056.2 y 1062 del CC, el testador solo deberá escrupulosamente respetar su intangibilidad cuantitativa.<sup>1234</sup>

Es cierto que el fiduciario incapacitado, ya sea conjuntamente con el curador o a través de su representante legal, está impedido de disponer de los bienes fideicomitidos, como corolario de su deber de conservar los mismos para entregárselos a los fideicomisarios no incapacitados. Sin embargo, se piensa que el testador, al amparo del art. 841 del CC, puede autorizar que, como resultado de una adecuada administración, se disponga de alguno de los bienes objeto del fideicomiso especial, lo que redundará en que los descendientes legitimarios no incapacitados cobrarán su derecho legitimario con el dinero o los bienes que entran en sustitución de los enajenados. Siendo preciso, para mayor seguridad, que se obtenga el consentimiento de los fideicomisarios no incapaces.<sup>1235</sup>

Por nuestra parte, somos partidarios, en esencia, de la primera corriente doctrinal que rechaza que para efectos de hacer efectivo el derecho legitimario de los fideicomisarios no incapacitados puedan combinarse el fideicomiso especial y las normas que permiten la conmutación de la legítima. Ambas instituciones jurídicas sucesorias, como se ha señalado, difieren, entre otras cosas, en su naturaleza, sus requisitos y sus presupuestos subjetivos, puesto que, contrario al supuesto del fideicomiso especial donde el favorecido debe ser un descendiente legitimario incapaz, con la aplicación de los arts. 841 al 847 del CC el beneficiado puede ser alguno de los descendientes legitimarios, esté o no incapacitado, y en el caso del art. 1056.2 del CC podría, incluso, ser hasta un extraño. También, se contradicen en su propósito, ya que si bien a través de las dos figuras el legislador persigue ampliar la libertad dispositiva mortis causa del testador, discrepan en el objetivo finalista. Por ejemplo, con el art. 1056.2 del CC, como discutimos ampliamente en el cuarto capítulo de este escrito, se pretende preservar indivisa una explotación económica o mantener el control societario. No obstante, con la constitución de la sustitución fideicomisaria excepcional se desea proveerle protección económica al descendiente legitimario incapacitado para que, de ordinario, mientras viva, pueda satisfacer sus necesidades vitales.

---

<sup>1234</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 200.

<sup>1235</sup> SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pág. 475.

En definitiva, mientras el art. 1056.2 del CC y los arts. 841 al 847 del CC, que estudiamos en detalle, respectivamente, en los capítulos cuarto y quinto de este trabajo, exceptúan el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima en sus dos vertientes, es decir, tanto en la calidad como en la forma en que la misma se percibe, el fideicomiso especial viene a ser una excepción más a dicho principio, pero únicamente en cuanto a la forma, en la medida en que su gravamen fideicomisario implica un aplazamiento en el disfrute de los bienes hereditarios que dan contenido a la legítima de los fideicomisarios no incapacitados. Nada tiene que ver con la calidad en que estos reciben su porción legitimaria, que deberá ser abonada, conforme a la regla general, en bienes hereditarios y no en metálico extrahereditario. Aunque, no descartamos que de haber aplicado el principio de subrogación real, por razón de que el fiduciario incapaz cumplió con su responsabilidad de conservar y administrar dinámicamente los bienes fideicomitidos, los fideicomisarios no incapacitados pudieran recibir la totalidad o parte de su porción legitimaria en el equivalente económico que vino a sustituir los bienes enajenados. Ya que ningún acto dispositivo podrá suponer la pérdida del derecho legitimario para los descendientes no incapaces.

Tampoco cabe duda de que, de acuerdo al art. 783 del CC, al entregar los bienes fideicomitidos o sus subrogados, el fiduciario incapaz, junto con su curador o por medio de su representante legal, o sus herederos, podrá deducir los «gastos legítimos, créditos y mejoras [...]». Sin embargo, algún autor<sup>1236</sup> sugiere que la aplicación literal de este precepto, respecto a que esta clase de deducciones se realicen en el momento de la restitución del patrimonio fideicomitado, debe dejarse para el supuesto en el que el fideicomitente haya establecido un plazo cierto y determinado para la extinción del fideicomiso especial o incluso, a modo comparativo por el hecho de que el fiduciario estaría también vivo y sería el que haría la entrega y las correspondientes deducciones, en el caso de que esta se materializara por causa del cese de la incapacidad del descendiente legitimario. En cambio, si la conclusión de la sustitución fideicomisaria excepcional está atada a la muerte del fiduciario, se piensa que se debería flexibilizar dicha norma para permitir que el incapacitado

---

<sup>1236</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 201 - 202, puntualizando lo siguiente: «Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la jurisprudencia parece seguir otro criterio y así, al interpretar el precepto que ahora se comenta (párrafo segundo del art. 783 CC) el TS, en sentencia de 25 de abril 81, considera que esos gastos legítimos deducibles sólo son reclamables “a la restitución” y así lo entiende también el art. 522 CC respecto al usufructo, aunque hay que tener en cuenta una diferencia importante y es que, en materia de usufructo, el usufructuario no tiene derecho a deducción al restituir sino a que, en ese momento, se le paguen los gastos y créditos reintegrables según el título de constitución o las disposiciones del CC (arts. 498, 502 párrafo segundo, 510 párrafo primero y 511 entre otros). Por eso, precisamente, como garantía de ese pago por el propietario al extinguirse el usufructo, el art. 522 concede al usufructuario un derecho de retención hasta que esos pagos se efectúen, en tanto que la garantía que se ofrece al fiduciario es la de hacerse el pago él mismo deduciendo las cantidades oportunas de los bienes fideicomitados».



pudiera reclamar en vida dichos gastos, concretamente cuando los mismos fueran líquidos y exigibles, e invertir las cantidades obtenidas en la satisfacción de sus necesidades vitales. Ello al considerar que se mantendría la premisa de que el fiduciario sería el que realizaría la entrega de los bienes fideicomitidos, practicaría las deducciones y, a la vez, se beneficiaría de las mismas. De lo contrario, si el fiduciario no tuviera descendientes, ascendientes, cónyuges, ni tampoco hubiese otorgado un testamento nombrando a otras personas como sus herederos, serían los fideicomisarios, que podrían ser sus hermanos o sobrinos, los que se convertirían en sus herederos *abintestato*, con el consiguiente resultado de que se extinguirían las deducciones a practicar, al confundirse la cualidad de sujeto activo y pasivo.

Dentro del primer apartado de gastos legítimos, como hemos señalado previamente, no se incluyen, por aplicación analógica del art. 500 del CC, los ordinarios de mantenimiento, conservación y obtención de frutos, que le corresponde exclusivamente a quien tiene el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos, es decir, el fiduciario incapaz, sino solamente, en correspondencia con los arts. 501 y 502 del CC, aquellos gastos por reparaciones extraordinarios y específicamente el aumento en valor que estas hubieran significado para los bienes objeto del fideicomiso especial, el abono de las deudas hereditarias<sup>1237</sup> con su propio patrimonio, las obligaciones contraídas por el fiduciario como parte de su administración del patrimonio fideicomitado, ya que no se transmiten a los fideicomisarios, y los pagos que hubiese efectuado el descendiente legitimario incapacitado de su propio peculio, pero que debían haber sido asumidos por el fideicomisario no incapaz. En cuanto a los créditos, se refiere a los que el descendiente legitimario incapacitado tenía contra el ascendiente testador, pero que como no se le abonaron mientras era heredero, se les deben compensar en el momento de la extinción del fideicomiso y, por ende, de la entrega de los bienes fideicomitidos, en otras palabras, cuando ya dejó de tener dicha condición. Igualmente, el fiduciario incapacitado tendrá derecho, en equivalencia con el art. 453.2 del CC, a que se le

---

<sup>1237</sup> Se ha entendido, respecto a la sustitución fideicomisaria ordinaria, que el heredero fideicomisario responde de las deudas del patrimonio fideicomitado a partir de la apertura de la sucesión fideicomisaria, dependiendo su grado de responsabilidad de si se acogió o no al beneficio de inventario. Beneficio que el fideicomisario podrá solicitar a pesar de que el fiduciario no lo hubiera peticionado o lo hubiese perdido. Aunque, se ha sostenido, al analizar los arts. 1021 y 1022 del CC, que al fideicomisario le aprovechará la aceptación a beneficio de inventario del heredero fiduciario y, por ende, el inventario que a tales efectos este hubiera realizado. Circunstancia que se ha considerado extensiva al supuesto de la sustitución fideicomisaria especial, puesto que como el fiduciario es un incapacitado, será normal que este, en colaboración con el curador o a través de su representante, acepte los bienes objeto del fideicomiso a beneficio de inventario, siendo también habitual que tal alternativa sea mantenida por el fideicomisario no incapacitado. Véase: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, op. cit., págs. 132 – 133; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, op. cit., pág. 272. En cuanto al paso de las deudas de la herencia fideicomitada del fiduciario al fideicomisario, conforme se admitían en el art. 207 de la Compilación catalana de 1960, puede verse: PUIG FERRIOL, L., *El Heredero Fiduciario*, op. cit., págs. 243 y 244.

indemnice por todas las mejoras útiles que realizó en los bienes fideicomitidos, pudiendo el fideicomisario no incapacitado optar entre abonar el importe de los gastos o el aumento de valor que estos le hubieran proporcionado a los mismos. El fiduciario incapaz solo podrá, en correspondencia con el art. 487 del CC, elegir retirar las mejoras, siempre que con ello no se menoscabe el patrimonio fideicomitado. De lo contrario, y en correlación con el art. 453.2 del CC, deberá elegir la alternativa de la indemnización. Si las mejoras realizadas hubieran sido de puro lujo o de mero recreo, el fiduciario incapaz no tendría derecho a indemnización, sino que deberá conformarse, en aplicación analógica de los arts. 454 y 487 del CC, con retirarlas, si al hacerlo el bien no sufre deterioro y, además, el fideicomisario no quisiera quedarse con ellas, a cambio de compensarle el importe de lo gastado.<sup>1238</sup> Hasta que cada una de estas partidas no le sean compensadas al fiduciario incapaz, como cualquier poseedor de buena fe, este o sus herederos tendrán la facultad de retener los bienes objeto del fideicomiso excepcional.<sup>1239</sup>

Por ser el fiduciario incapaz un propietario no definitivo y con facultades limitadas sobre los bienes fideicomitidos, deberá, a través de su tutor o junto con el curador, rendirle cuentas al fideicomisario no incapacitado de su administración y gestión de los mismos. Puesto que todo el que se ocupe de los intereses de otra persona, está obligado a rendir cuentas de su gestión. A su vez, el descendiente legitimario no incapaz tendrá el derecho de exigirle al incapacitado responsabilidad no solo por haber administrado mal los bienes objeto

---

<sup>1238</sup> Al respecto, y ante un supuesto de fideicomiso de residuo, el TS enfatiza en que para que se puedan deducir las mejoras se deben cumplir los siguientes requisitos: «a) que dichas mejoras hayan sido debidas a la actividad del propio fiduciario, excluyéndose los aumentos debidos a circunstancias externas (p.e. el aumento de valor debido a las oscilaciones del valor monetario); b) que subsistan en el momento de la delación del fideicomiso a los fideicomisarios, y c) se hayan efectuado por el fiduciario a su cargo [...]». STS núm. 469 de 30 de junio de 2009, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2009/4246).

<sup>1239</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, págs. 1054 – 1055 y nota 36, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 891 – 892 y nota 119, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 286 – 287 y nota 69, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 15 – 16 y nota 68; RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, págs. 597 – 598; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 118, 120 – 121 y 130; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 477 – 478; GORKA GALICIA A., «Artículo 783 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 5730 - 5731. Por su parte, LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 202, aparenta entender que el fiduciario, contrario al usufructuario, no cuenta con la garantía de retención de los bienes fideicomitidos para el pago de las deducciones. Entiende que su garantía es que él mismo se podrá realizar el abono, al deducir las cantidades debidas del patrimonio fideicomitado. El usufructuario sí cuenta con la garantía del derecho de retención porque al devolver los bienes usufructuados no puede deducir lo que le debe el propietario.

del fideicomiso excepcional, sino también por su deterioro y pérdida culpable, producto de su uso inadecuado y de no haber cumplido con la obligación de informarle a los fideicomisarios aquellos actos realizados por terceros que pudieran lesionar los bienes fideicomitidos. Igualmente, los fideicomisarios están facultados a instar una acción de anulabilidad para impugnar los actos dispositivos definitivos que el fiduciario incapaz hubiera realizado sin su previo consentimiento. Para ello, y en concordancia con el último párrafo del art. 1301 del CC, tienen cuatro años a contar desde el instante en que el fideicomiso especial se extinguió, a menos que se hubieran enterado antes de tal suceso.<sup>1240</sup>

Importante destacar que al extinguirse el fideicomiso especial, conforme al art. 82.2 del RH de 1947, el fideicomisario no incapacitado puede inscribir los bienes fideicomitidos a su favor en el Registro de la Propiedad. Para ello requerirá, acorde con el art. 14 de la LH de 1946 y los arts. 80.1 (a) y 82.2 del RH de 1947, del título sucesorio, es decir, del testamento, la escritura de partición<sup>1241</sup> y de aquellos documentos públicos que sirvan para acreditar la conclusión del fideicomiso, tales como el certificado de defunción del fiduciario u otra sentencia judicial en la que se establezca el cese de la incapacitación de este.<sup>1242</sup> Otro título suficiente para hacer constar la extinción del fideicomiso excepcional, de acuerdo al art. 82.4 del RH de 1947, podría ser el acta de notoriedad, siempre que los hechos que la produjeron puedan acreditarse por medio suyo. Este documento notarial también podrá utilizarse, según dispuesto en el art. 82.3 del RH de 1947, para determinar las personas en las que operará la

---

<sup>1240</sup> RUEDA ESTEBAN, L., «El Fiduciario del Artículo 831 CC y la Facultad de Gravar con Sustituciones Fideicomisarias o con Fideicomisos a favor de Hijos o Descendientes como Forma de Mejora», *op. cit.*, pág. 598; DÍAZ ALABART, S., «La Sustitución Fideicomisaria sobre el Tercio de Legítima Estricta a Favor de Hijo o Descendiente Incapacitado Judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 1055 y nota 38, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 892 y nota 120, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 287 y nota 70, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 16 y nota 69; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 201 y 202. Véase, además, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 125, 128 y 133; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pág. 479.

<sup>1241</sup> Antes o tras el acontecimiento de la restitución, podrá realizarse una partición en la que se individualicen los bienes fideicomitidos que a cada fideicomisario no incapaz, de ser más de uno, le corresponde por concepto de su legítima. De acuerdo a la RDGRN de 30 de enero de 2004, (RJ 2004/1797), si el acuerdo particional se efectuó «antes del evento restitutorio por quienes luego resultarían ser efectivamente los únicos fideicomisarios», el mismo podrá inscribirse sin que posteriormente los otorgantes tengan que ratificarlo. Sin embargo, si el acuerdo fue otorgado en representación de unos menores que serían los futuros fideicomisarios, no se permitirá su inscripción si estos no lo ratificaron al ser mayores.

<sup>1242</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 8, nota 10, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 154, nota 10; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 130.

restitución fideicomisaria, en otras palabras, aquellas que serán los fideicomisarios, en caso de que estas no hubieran sido designadas por el ascendiente causante en su testamento. Claro está, siempre que no se exija otro medio de prueba en la cláusula de sustitución o en la Ley.<sup>1243</sup>

Esta inscripción de los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria excepcional a favor de los fideicomisarios no incapacitados no precisa de que previamente el fiduciario incapaz los hubiera inscrito a su nombre. Como el derecho del descendiente legitimario no incapaz proviene directamente del fideicomitente y no del incapacitado, en términos del tracto sucesivo, solo necesitará de la previa inscripción del patrimonio fideicomitado a favor del ascendiente causante.<sup>1244</sup>

## § 7

### **EFFECTO DE ESTA INSTITUCIÓN EN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA Y SU PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUALITATIVA**

Llegados a este momento, sería necesario cuestionarse si la institución de la sustitución fideicomisaria especial ha afectado sustancialmente la esencia del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima o viene a ser otra excepción más al mismo, que no modifica la naturaleza intrínseca de ella, es decir, el tipo de titularidad, y, por ende, las garantías, que los legitimarios tienen sobre esta institución legitimaria. Veamos qué posición ha asumido la doctrina sobre el particular.

Algún autor<sup>1245</sup> ha sugerido que la posibilidad del fideicomiso excepcional ha significado la desnaturalización del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Estima que el aplazamiento del abono de la legítima que el legislador permite a través del supuesto de pago en metálico extrahereditario de la porción legal de los descendientes, que se dispone en los arts. 841 al 847 del CC, y del supuesto concreto de indivisión de la explotación económica o mantenimiento del control societario, establecido en el art. 1056.2

---

<sup>1243</sup> RDGRN de 24 de octubre de 2008, (RJ 2009/641); RDGRN de 30 de enero de 2004, *supra.*; RDGRN de 21 de febrero de 1992, (RJ 1992/1533).

<sup>1244</sup> RDGRN de 10 de noviembre de 1998, (RJ 1998/8492).

<sup>1245</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, *op. cit.*, págs. 57, 69, 72 y nota 101, Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, *op. cit.*, págs. 301 y 313. Por su parte, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 12, «La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 161 y 162, también destaca que la admisión de este gravamen fideicomisario sobre el primer tercio del patrimonio hereditario del causante es un avance definitivo hacia la desnaturalización de la legítima. Véase, además, CABEZUELO ARENAS, A. L., «Breve Reflexión sobre la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 601 – 602.

del CC, no son nada comparables con el que se alcanza mediante la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta. Ya que entiende que la aplicación de este último supuesto puede resultar en una verdadera desheredación. Parecer que sostiene con dos ejemplos: (1) el testador constituye una sustitución fideicomisaria especial de residuo del tipo *si aliquid supererit* y el fiduciario dispone de todos los bienes fideicomitidos; (2) el ascendiente causante instituye como fiduciario a un nieto incapacitado obligando así a los fideicomisarios, es decir, a sus tíos, que evidentemente, como regla<sup>1246</sup>, serán mucho mayores, a que le tengan que sobrevivir para poder heredar. Añadiendo que esta institución fideicomisaria especial ha sido la única que ha propiciado la modificación del art. 813.2 del CC, que se mantuvo inalterado por todo el siglo XX y hasta entrado el siglo XXI, instante en el que la misma se materializó por virtud de la reforma de la LPPPD.

En definitiva, para este estudioso<sup>1247</sup>, esta modalidad de sustitución fideicomisaria representa un verdadero intento legislativo de hacer tangible la legítima estricta, no solo en términos de su vertiente cualitativa, sino también en la cuantitativa. Puesto que las otras excepciones al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, como, por ejemplo, la alternativa de conmutar la porción legitimaria en efectivo extrahereditario, solo suponían el aplazamiento en el cobro de este derecho.

Sin embargo, de forma un tanto incompatible,<sup>1248</sup> este autor también reconoce que el legislador no cambió enteramente el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima con la reforma que, mediante la LPPPD, efectuó a varias de las instituciones sucesorias, sino que solo se le hizo una modificación particular para permitir que el primer tercio de la herencia del causante se pudiera gravar de forma especial y exclusiva con la institución de la sustitución fideicomisaria. Afirma que ello no implica la desaparición de la intangibilidad de la legítima. Pues sigue persistiendo la regla general de que la legítima es intangible, tanto cualitativa como cuantitativamente. La posibilidad de la constitución de la sustitución fideicomisaria especial únicamente es una excepción más al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Es decir, su efecto es ampliar las excepciones a la señalada regla general.

---

<sup>1246</sup> Ya que puede haber algún caso en que no haya tanta diferencia de edad entre ellos o, incluso, que el tío sea menor que su sobrino. Siendo residuales ambos supuestos.

<sup>1247</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., págs. 20, nota 4, y 30. Véase, además, Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, op. cit., págs. 12 y 15.

<sup>1248</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., págs. 82 y 93 - 94, Tesis Doctoral: *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las Figuras Jurídicas más Importantes del Derecho Sucesorio Español...*, op. cit., págs. 324, 335.

Posición está última que, precisamente, es la que apoya la mayoría de la doctrina<sup>1249</sup> y que nosotros, justamente, compartimos. Este gravamen fideicomisario excepcionalmente autorizado por la Ley no altera la naturaleza de la legítima que, a nuestro parecer, persiste como *pars bonorum*. Afirmación que se sostiene en diversas consideraciones.<sup>1250</sup> Primero, el descendiente legitimario incapacitado solo puede ser designado como fiduciario porque se beneficia del uso y disfrute de unos bienes hereditarios que no le corresponden, ya que respecto a estos son los descendientes legitimarios no incapacitados los que tenían y continúan teniendo un derecho legal. El incapaz nunca podrá ser titular exclusivo y definitivo de los bienes fideicomitidos. Más bien, únicamente será un propietario temporal, provisional, puesto que su titularidad está subordinada al derecho de los fideicomisarios no incapacitados a percibir su cuota legal en bienes hereditarios. De ahí que el fiduciario tenga que cumplir con la obligación de conservar los bienes objeto del fideicomiso para entregárselos a los verdaderos y definitivos propietarios, los descendientes legitimarios no

<sup>1249</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 115 y 124 - 125, «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, *op. cit.*, págs. 777 y 779. Véase, también, TORRES GARCÍA, T. F., «Legítima, Legitimarios y Libertad de Testar (Síntesis de un Sistema)», *op. cit.*, págs. 176 y 177; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 45: La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, págs. 419 - 420, «La Legítima en el Código Civil (II)», *op. cit.*, pág. 89; PUIG FERRIOL, L., «Protección del Discapacitado: Aspectos Sucesorios», *op. cit.*, págs. 280 y 281; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1472, 1473, 1474 y 1484; NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, págs. 127 y 129. A modo comparativo, es interesante señalar que el legislador italiano permite que se vulnere el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima al posibilitar que la sustitución fideicomisaria asistencial grave el derecho legitimario del fiduciario incapacitado. Porción legal que pasará a los fideicomisarios, solo si estos cumplieron con asistir al tutelado durante toda su vida, cuidados y atenciones que estarán bajo la supervisión del tutor del incapaz. Motivo por el que se entiende que la delación hereditaria a favor de los fideicomisarios solo puede materializarse a la muerte del fiduciario, instante en el que se podrá comprobar si estos dieron cumplimiento a la mencionada encomienda. De manera que, este gravamen no afectará al resto de legitimarios, sino solo a los herederos del fiduciario, de existir, salvo que el testador los hubiese nombrado como fideicomisarios. En cambio, el legislador español permite que se violente la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima haciendo que el gravamen de la sustitución fideicomisaria recaiga sobre la legítima del resto de los descendientes legitimarios. En otras palabras, mientras en España se permite vulnerar la porción legitimaria de los demás coherederos forzosos con el fideicomiso, en Italia, a través de la sustitución fideicomisaria asistencial se facilita que se transgrede la legítima del propio tutelado. Justificado todo ello en que las respectivas sustituciones fideicomisarias difieren en su finalidad. En la institución fideicomisaria italiana prima la protección asistencial del tutelado hasta el momento de su muerte. Es decir, el testador no solo se asegura de que el fideicomisario cuide al fiduciario, si quiere heredar la legítima de este último, sino que lo haga bien al estar vigilado por el tutor del incapaz. Mientras, en la institución española lo que predomina es la protección patrimonial. Por lo que el ascendiente causante únicamente podrá contar con que le dejó al incapacitado el uso y disfrute de unos bienes fideicomitidos y no con la certeza de que ciertas personas se encargarán de cuidarlo bien hasta su fallecimiento. BOTELLO HERMOSA, P. I., «La Sustitución Fideicomisaria como Medio de Protección de los Tutelados en Italia, y de los Incapacitados en Italia», *op. cit.*, págs. 3, 5, 6, 7 - 8.

<sup>1250</sup> Véase: NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, págs. 127 - 132; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 125; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 142 - 143, 150 - 151.

incapacitados. Igualmente, que los fideicomisarios, entre las diversas cosas apuntadas en el apartado sexto de este capítulo, puedan exigir la formación de inventario; la división del patrimonio hereditario e intervenir y dar su consentimiento a la misma, al tratarse de una partición consensual; y que para la disposición definitiva de los bienes se requiera de su concurso.

En definitiva, la legítima de los fideicomisarios no incapacitados no se convirtió en libremente disponible, con la reforma de la LPPPD. Al fiduciario incapaz solo se le puede atribuir temporalmente los bienes que componen la legítima de los descendientes no incapacitados, a través del mecanismo del fideicomiso especial. En otras palabras, la constitución de la sustitución fideicomisaria excepcional es la única forma para que el legitimario incapacitado se beneficie en todo o en parte de la legítima de los no incapaces, con el consabido resultado de que estos disfrutarán tardíamente de los bienes hereditarios que integran su cuota legal. Sujetándose, así, la ventaja de la protección del incapacitado a la posposición simultánea de los legitimarios no incapacitados en la disponibilidad de su derecho legitimario.

Segundo, el derecho legitimario del fideicomisario no incapacitado nace desde el momento de la muerte del ascendiente fideicomitente. Motivo por el que puede transmitirlo a sus propios sucesores en caso de haber premuerto al fiduciario incapacitado. Estimación que no solo se fundamenta en la propia dinámica de la figura jurídica seleccionada para la imposición del gravamen legitimario, sino también en la esencia misma de la legítima. Más específicamente, en el análisis integral de estas dos instituciones sucesorias que se activan en base a diferentes tipos normas, respectivamente, dispositivas e imperativas. La sustitución fideicomisaria regida por la libertad dispositiva del testador, que movido por su voluntad llama a la sucesión tanto al fiduciario como al fideicomisario. Libertad testamentaria que es plena respecto al tercer tercio de la herencia y también relativamente en cuanto al segundo, ya que en este último caso se debe respetar la limitación de que los beneficiarios de la sustitución tienen que ser los descendientes del causante. Y la legítima, que es esencialmente indisponible, al ser impuesta por voluntad legal para favorecer a ciertos parientes cercanos del causante.

La única salvedad es que, debido al gravamen fideicomisario especial, los descendientes legitimarios no incapacitados verán aplazado su pleno disfrute de los bienes hereditarios que integran su porción legitimaria hasta el instante en que fallezca el fiduciario incapaz, cese la incapacitación de este o se cumpla el término fijado por el testador para el fideicomiso. Supuestos todos que provocan la extinción de la sustitución fideicomisaria

especial y, por ende, que se de contenido al derecho legitimario actual de los fideicomisarios, cuya efectiva atribución se había visto postergada por causa de esta. De manera que la persistencia de la naturaleza jurídica de la legítima se puede apreciar del hecho de que durante la vida del descendiente legitimario incapacitado, o el suceso de cualquiera de las otras posibilidades de extinción del fideicomiso especial, el que ocurra primero, los legitimarios gravados conservan vinculados, por virtud del art. 806 del CC o por el funcionamiento de la sustitución fideicomisaria, los bienes que componen su porción legitimaria. Motivo por el que, de ordinario, salvo que aplique la subrogación real, el fiduciario incapacitado, conjuntamente con el curador o a través de su representante legal, o sus propios herederos, deberá entregarle a los fideicomisarios no incapaces su legítima en bienes hereditarios.

De ninguna manera, la imposición de la sustitución fideicomisaria excepcional implicará la privación de la legítima a los descendientes legitimarios no incapacitados, sino, como hemos sostenido, solo originará el aplazamiento en cuanto al momento en que ellos percibirán los bienes hereditarios que integran la misma. Tal pretensión de desheredar a los descendientes legitimarios no incapacitados como resultado del establecimiento del fideicomiso especial, ni se deduce de la Exposición de Motivos de la LPPPD ni del contenido de los preceptos que regulan el mismo. Mucho menos resulta coherente con la naturaleza de la institución legitimaria y sobre todo es contraria al contenido esencial del derecho a la herencia, que está regulado en los arts. 33.1-.2 y 53.1 de la CE de 1978, según fuera discutido en el primer capítulo de este trabajo. Tampoco es consistente con las tasadas causas de desheredación que están recogidas en los arts. 848 al 857 del CC, dentro de las cuales no se incluye la existencia de descendientes legitimarios incapacitados. Lógicamente porque la desheredación presupone un comportamiento grave en contra de la moral o la integridad física del causante o de algún otro legitimario, afectándose con ello el orden, el honor y la estabilidad emocional del entorno familiar.

Afirmación que no varía ante la posibilidad de que al premorir el fideicomisario no incapacitado al fiduciario incapaz, no sea este, sino más bien sus propios herederos, de acuerdo con el art. 784 del CC, el que disfrute de percibir los bienes hereditarios a los que tenía derecho por concepto de su legítima. Por un lado, este suceso valida que técnicamente es inoperable la desheredación de los descendientes legitimarios no incapacitados, puesto que ante una verdadera privación de la legítima, entrarían como sucesores, por el derecho de representación, al que se hace referencia en los arts. 857, 924, 925 y 929 del CC, los descendientes del fideicomisario, que no necesariamente tienen que ser sus herederos, que



son los que, según indicado, le sucederán ante la eventualidad de que este fallezca antes que el fiduciario incapaz. Por otro lado, la subsistencia de la naturaleza de la legítima se hace evidente, igualmente, ante el hecho de que al premorir el fideicomisario al fiduciario, su derecho legitimario entra a su caudal hereditario y los bienes de la herencia del ascendiente fideicomitente que la conforman pasan a sus propios herederos y no a los del incapacitado, cuando este muera, cese su incapacitación o se cumpla el plazo señalado por el testador. Situación que, a su vez, resulta armónica con el aludido contenido esencial del derecho constitucional a la herencia.

Tercero, la conservación de la naturaleza de la legítima también se percibiría en el supuesto de que el testador optara por gravar con la sustitución fideicomisaria solo una porción del tercio de la legítima estricta. Como la regla de distribución igualitaria de la legítima subsiste a pesar de la reforma de la LPPPD, dicho gravamen parcial deberá afectar por igual a todos los descendientes legitimarios no incapacitados. Ninguno de los legitimarios habrá sido privado de su legítima porque en el caso del incapacitado, al ser el beneficiario del fideicomiso especial, recibirá toda su parte legal libre de gravamen y en el del fideicomisario no incapaz, disfrutará plenamente de los bienes que conforman aquella porción de su derecho legitimario que no fue gravada, mientras verá temporalmente postergado el disfrute de la otra parte de ellos sobre la que sí recayó la sustitución fideicomisaria.

Cuarto, la persistencia de la naturaleza jurídica de la legítima se refleja, además, en el tratamiento que se le confiere a la porción legitimaria que le corresponde al descendiente incapacitado en el primer tercio de la herencia del ascendiente causante. Al designarse legalmente al descendiente legitimario incapaz como fiduciario, conforme se desprende de los arts. 782 y 808.4 del CC, a la muerte del testador este recibirá no solo su derecho legitimario, sino también el disfrute de todos los bienes hereditarios que conforman el mismo. Es decir, como su legítima no es objeto del fideicomiso especial, este adquirirá el pleno dominio de aquellos bienes de la herencia del fideicomitente a los que por ley tiene derecho.

Es indudable que a pesar de esta nueva excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, la naturaleza de esta institución jurídica subsiste porque los legitimarios tienen derecho a que el testador continúe sujetándose a los límites impuestos por la ley para que pueda disponer de la misma. Concretamente, nos referimos a que: (1) el testador no puede excluir del beneficio de la porción legal a aquellos parientes que la ley designó como legitimarios; (2) el tercio de legítima estricta debe distribuirse equitativamente

entre los así denominados, ya sea que además hubieran sido nombrados como fiduciario o fideicomisario; (3) los legitimarios conservarán, porque, entre otras consideraciones, así se lo garantiza la reserva legal del art. 806 del CC, el arts. 51.6 y 82 del RH de 1947, y la propia institución sucesoria seleccionada por el legislador para favorecer al descendiente legítimo incapaz, su derecho a la legítima en todo momento, a partir de la apertura de la sucesión del ascendiente causante, sin importar que, en el caso de los descendientes fideicomisarios no incapacitados, su disfrute se haya visto aplazado por la constitución de la sustitución fideicomisaria especial.<sup>1251</sup>

En cuanto a este último aspecto, no vemos razonable que este nuevo mecanismo que viabilizó el legislador para gravar la legítima de los fideicomisarios no incapaces en beneficio del fiduciario incapaz, y hasta posiblemente flexibilizar la forma de abonársela, en caso de que fuera aplicable la subrogación real, resulte en la disminución de sus facultades y garantías como legítimo que es y que no deja de ser, a pesar de que el testador hubiera establecido el fideicomiso excepcional. Sabemos que la constitución de la sustitución fideicomisaria especial, y sus consecuentes efectos, depende enteramente de la voluntad del testador, que es el que mejor puede conocer si a través de esta herramienta jurídica se logra facilitar una mayor protección patrimonial al descendiente legítimo incapacitado. En ese sentido, no parece lógico que las garantías y potestades del descendiente legítimo fideicomisario sean disminuidas, si tal acto implica más un perjuicio para el derecho legítimo de estos, que un beneficio a la voluntad del causante.

No obstante, algún autor<sup>1252</sup> ha opinado que con la reforma de los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC, el régimen jurídico de la mejora se ha hecho extensivo a la legítima estricta.

---

<sup>1251</sup> Realidad que pudiera llevar a argumentar que este fideicomiso especial puede significar también que, de facto, a los fideicomisarios no incapaces se les afecta, en alguna medida, la vertiente cuantitativa de la legítima, en cuanto se trata de un aplazamiento que puede prolongarse por un número elevado de años, tiempo en el que perderían los frutos o rentas de los bienes fideicomitidos, si es que estos los produjeran, sin obtener concretamente nada en contrapartida. No obstante, no favorecemos este criterio porque entendemos que la situación señalada se equilibra, entre otras cosas, con el hecho de que, como hemos mencionado, el fiduciario incapacitado asume los gastos ordinarios de los bienes que son objeto de la sustitución fideicomisaria excepcional, que debe abonar una fianza, si lo dispuso así el fideicomitente y, en todo caso, si esta no le resulta onerosa, y que al fideicomiso especial se incorporarán todos los bienes que se adquirieron que no tuvieran el carácter de frutos, como las accesiones.

<sup>1252</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 2003. Con una perspectiva parecida, aunque con mayor especificidad y elaboración, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, págs. 135, 136 - 138 y 150 - 151, argumenta que la sustitución fideicomisaria especial más que suponer una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, que también lo es, tiene el efecto de modificar la naturaleza del tercio de legítima estricta, al someterlo a un régimen particular cuando existan descendientes legítimos incapaces. Aclara, sin embargo, esta autora que su análisis tiene que ver con la naturaleza de lo que denomina, para propósitos de distinción, «primer tercio» o «tercio primero» ante la presencia de descendientes incapacitados y no con la naturaleza jurídica de la institución legítima, que según su parecer persiste, salvo en lo relativo a que los fideicomisarios no incapacitados tienen que sufrir temporariamente el aplazamiento en el

Es decir, que la legítima corta, al menos de manera temporal, mientras dure el fideicomiso especial, se ha convertido en mejora. Criterio que evidentemente, por lo antes discutido, no compartimos, por entender que si bien el efecto práctico de la sustitución fideicomisaria excepcional es que al descendiente legitimario incapacitado se le mejora indirectamente con el uso y disfrute provisional de los bienes hereditarios que integran la porción legitimaria de los fideicomisarios no incapaces, tal particularidad no resulta en que la legítima estricta pierda su naturaleza jurídica como *pars bonorum* para transformarse en mejora.<sup>1253</sup> Ya que con la extinción de la sustitución fideicomisaria especial, los bienes objeto del fideicomiso se deberán restituir a sus propietarios definitivos, es decir, a los descendientes legitimarios no incapacitados, haciéndose de esta forma efectivo el derecho legitimario que estos ya habían adquirido desde el instante de la muerte del ascendiente causante. Suceso que claramente evidencia la subsistencia de la naturaleza jurídica de la institución legitimaria.

## CONCLUSIÓN

Es incuestionable que la sustitución fideicomisaria especial es otra excepción más al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Específicamente, en cuanto al aspecto del mismo que tiene que ver con la forma en que el legitimario debe percibir los bienes

---

disfrute de su derecho legal. Aunque no se decanta expresamente por ninguna de las tesis que hasta hoy la doctrina ha desarrollado sobre la naturaleza jurídica de la legítima, se puede inferir su inclinación por la *pars bonorum*, de las expresiones: «[...] nuestro caso particular, dado el mecanismo escogido por el legislador para conseguir los efectos pretendidos (la sustitución fideicomisaria), vendría a engrosar los casos generales en los que a los legitimarios ha de entregárseles su legítima en bienes de la herencia». (pág. 151). El análisis de la naturaleza de este primer tercio se contempla durante la vida del testador, al tomar como referencia el enfoque analítico que GARCÍA GRANERO utilizó para estudiar la mejora, porque se piensa que en ese período, en el que este tiene la facultad de disponer o no del mismo a favor del incapacitado, es en el que se manifiesta como tal. Cree que son comparables la facultad de mejorar a favor de descendientes que se le confiere al testador respecto al «tercio segundo» y las potestades que a este le atribuyó la reforma de la LPPD, en caso de que existieran descendientes incapacitados. No obstante, en cuanto a esta última apunta las siguientes limitaciones: (1) en el aspecto cuantitativo no podrá ser objeto del gravamen de la sustitución fideicomisaria especial la parte legal que le correspondiera al descendiente legitimario incapaz; (2) en el ámbito subjetivo es la ley y no el causante la que define la condición de incapacitado que deberá tener el descendiente para poder ser beneficiario del gravamen fideicomisario sobre el «primer tercio»; (3) en lo que respecta al elemento temporal, no es definitivo el beneficio atribuido al incapacitado, sino que, de ordinario y como máximo, su duración está limitada a la vida de este. Lo que le lleva a concluir que la reforma de los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC ha significado un acercamiento a medias entre la naturaleza del primer y segundo tercio. De una parte, al extinguirse el fideicomiso especial, en definitiva, el primer tercio terminará atribuyéndose equitativamente entre todos los descendientes legitimarios. De otra parte, al causante se le concede una facultad de la que carecería si se tratara de un tercio de legítima estricta puro. De ahí su planteamiento de que el «primer tercio» de la herencia tiene una «naturaleza híbrida», como consecuencia inevitable de pretender dos cosas a la vez. Por un lado, favorecer al descendiente incapacitado con cargo a dicho tercio. Y, por otro, que los legitimarios, ya sean fiduciarios incapacitados o fideicomisarios no incapaces, preserven su derecho a la legítima. Para mayores detalles sobre los fundamentos de esta teoría, pueden examinarse las págs. 139 – 150.

<sup>1253</sup> NANCLARES VALLE, J., «La Sustitución Fideicomisaria a Favor de Persona Incapacitada», *op. cit.*, pág. 132.

hereditarios del causante, que según la regla general debe ser sin gravamen, condición o sustitución alguna. Los artículos del Código Civil que regulan esta institución sucesoria han sido objeto de aclaración por la doctrina, a causa de las lagunas que han generado la falta de claridad e importantes vacíos legislativos de su contenido, además de por sus defectos técnico jurídicos, en general. Tarea que ha sido más dificultosa, al no haber jurisprudencia que ayude a comprender mejor esta figura jurídica.

Por nuestra parte, optamos por asumir aquella postura doctrinal, o combinación de varias, que a nuestro parecer, y en términos generales, es resultado del análisis armónico: (1) de los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC, que son los preceptos que conforman la normativa de la sustitución fideicomisaria excepcional; (2) de la Exposición de Motivos de la LPPPD; (3) de la finalidad legislativa del fideicomiso especial; (4) de la lógica estructural del sistema legitimario; y (5) de los arts. 33.1 y .2 y 53.1 de la CE de 1978, que están relacionados con el derecho constitucional a la herencia y su contenido esencial. Todo ello, tomando como base que la sustitución fideicomisaria especial constituye una excepción a la regla de que la legítima es intocable y como tal debe ser interpretada restrictivamente.

Teniendo este contexto en mente, afirmamos que son cinco los requerimientos necesarios para que se pueda instituir el fideicomiso especial. Primero, si el ascendiente testador fue el que constituyó la sustitución fideicomisaria excepcional, deberá haberlo hecho como parte de un testamento válido. En cambio, si fue el cónyuge superviviente del art. 831 del CC el que la estableció, debió haberla incluido en su propio testamento válido, si así se lo permitió el causante, o a través de actos *inter vivos*, si el testador no le autorizó a incorporarlo en su acto de última voluntad o este no quiso hacerlo a través de esta clase de instrumento público.

Segundo, los fideicomisarios únicamente podrán ser los hijos o descendientes legitimarios y no incapacitados del causante. Serán los que verán aplazado el disfrute de los bienes hereditarios que integran su legítima. Tercero, el fiduciario no solo deberá ser descendiente legitimario del ascendiente testador, sino que también será preciso que tenga la cualidad de incapacitado. Incapacidad que será imprescindible que estuviera declarada judicialmente o, al menos, promovida a la fecha de la apertura de la sucesión del ascendiente causante y que hubiese perdurado hasta después de dicho acontecimiento, ya que esta resulta ser la condición legal esencial que justifica tanto la constitución del fideicomiso especial como su mantenimiento. Significa que será válido todo fideicomiso especial que se hubiera constituido después de la declaración de incapacidad o incluso antes, siempre que al momento de la muerte del testador hubiera una sentencia judicial al respecto.

Igualmente, se entenderá válida aquella sustitución fideicomisaria excepcional que se estableció antes o después de iniciado el procedimiento judicial de incapacitación, sin importar que el testador hubiera fallecido previamente a que se dictara la sentencia de incapacidad. Como hemos expresado, la eventualidad del deceso del ascendiente causante no puede negar que el acto de promover la incapacitación del hijo o descendiente legitimario se realizó antes de dicho suceso, precisamente, con la intención de cumplir el requisito legal de la incapacidad judicial que se exige en los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC para que la sustitución fideicomisaria especial, al ser válida, sirva como una excepción más al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Siendo así, y sin que tal posibilidad constituya una afectación excesiva para el derecho legitimario de los descendientes no incapacitados, debe cumplirse la voluntad del testador de salvaguardar temporalmente al descendiente legitimario incapaz con los bienes objeto del fideicomiso especial.

Cuarto, el objeto de la sustitución fideicomisaria especial no es todo el tercio de legítima corta. La legítima del fiduciario incapaz está excluida de este gravamen fideicomisario. De manera que, dependiendo de la voluntad del testador, la afectación recaerá exclusivamente sobre la totalidad o una parte del derecho legitimario de los fideicomisarios no incapaces, perjudicándose también a todos por igual en esta última circunstancia.

Quinto, la constitución del fideicomiso especial no está supeditada a que el testador cumpla con la imposición legal de tener que atribuirle también el segundo y tercer tercio de su herencia al fiduciario incapacitado. En otros términos, con el ejercicio de esta facultad excepcional el testador no pierde la libertad dispositiva *mortis causa* que tiene respecto a estos dos tercios, total en cuanto al de libre disposición y limitada a que los descendientes, legitimarios o no, sean los beneficiados, con relación a la mejora. Por el contrario, con esta nueva potestad se amplió la autonomía de la voluntad del testador para que si lo considera conveniente pueda, a su entera discreción, beneficiar al incapaz con casi todo su acervo hereditario o solo con el esquema fideicomisario que subyace sobre la porción legitimaria de sus descendientes no incapacitados. Implica que la voluntad del testador es medular tanto en la determinación de ejercer o no la potestad de instituir el fideicomiso especial a favor del descendiente legitimario incapaz como en la de distribuir el resto de su caudal hereditario conforme mejor lo estime.

Como se ha podido apreciar, la naturaleza de la sustitución fideicomisaria especial y, por ende, la institución de la legítima son incompatibles con la lógica funcional del fideicomiso de residuo. Es cierto que en sus dos variedades, *si aliquit supererit* y *eo quo*

*supererit*, no hay incertidumbre en cuanto al llamamiento del fideicomisario que, al ser aplicable el art. 784 del CC, adquirirá su derecho a la herencia desde la apertura de la sucesión del causante fideicomitente. Sin embargo, en estas sí se refleja inseguridad respecto a la cantidad de bienes hereditarios que el fideicomisario terminará percibiendo porque al eximirse al fiduciario de la obligación de conservar los bienes fideicomitados, este habrá podido ejercer su facultad dispositiva, de acuerdo a los parámetros que le hubiese autorizado el testador. Con el resultado de que, normalmente, los fideicomisarios no recibirán todos los bienes objeto del fideicomiso que, en su momento, percibió el fiduciario, e incluso hasta podrían quedarse sin ninguno, porque el contenido del caudal hereditario pudo haber variado si este ejerció la potestad de disposición, más o menos amplia, que le otorgó el fideicomitente.

No aceptamos que el carácter de la sustitución fideicomisaria excepcional es similar al del fideicomiso de residuo porque ello implicaría, por un lado, un error técnico jurídico incoherente con el régimen legitimario. Y, por otro lado, sería admitir que con la regulación de esta institución sucesoria el legislador violentó el contenido esencial del derecho constitucional a la herencia, que está protegido por los arts. 33.1 - .2 y el 53.1 de la CE de 1978. Concretamente, uno de los dos factores de su ámbito individual relacionado con el derecho a suceder que también tienen los hijos o descendientes legitimarios no incapacitados del ascendiente causante. Ya que el derecho legitimario de los fideicomisarios no incapaces se tornaría infructuoso no solo respecto a ellos mismos, sino también con relación a sus propios sucesores, en la medida en que el fiduciario incapaz, junto con el curador, o su representante legal, podría haber dispuesto de todos los bienes hereditarios representativos de la porción legitimaria de los descendientes no incapacitados, al ejercer la facultad dispositiva que le concedió el fideicomitente. Lo que, en términos prácticos, significaría que los descendientes legitimarios no incapacitados fueron desheredados injustificadamente.

Hemos sostenido, por el contrario, que la sustitución fideicomisaria especial y, por consiguiente, la institución de la legítima tienen mayor afinidad con el fideicomiso puro, puesto que varias de sus características funcionales son reflejo de la naturaleza de este último. Nos referimos, de un lado, a que el fiduciario incapacitado está también obligado a conservar los bienes fideicomitados para, en su momento, restituírselos al fideicomisario que no es incapaz. Ello porque el objeto del gravamen del fideicomiso especial, en términos generales, es el tercio de legítima estricta y, particularmente, la legítima de los descendientes no incapacitados. Para favorecer al descendiente legitimario incapaz con el uso y disfrute de los bienes hereditarios que integran la parte legal de los fideicomisarios no incapaces, no se

precisa que a estos se les despoje de los mismos, parcial o totalmente. Recordemos que el fideicomiso especial, según evidenciado, no viene a exceptuar expresamente la vertiente cuantitativa del principio de intangibilidad de la legítima, sino únicamente la cualitativa. De ahí que para revelar el tipo de efecto que esta sustitución fideicomisaria provocaría en la porción legitimaria de los descendientes no incapacitados, el legislador haya utilizado el verbo «gravar» en el art. 782 del CC y en la Parte VII (b) de la Exposición de Motivos de la LPPPD, en vez del de «privar». De otro lado, la delación hereditaria a favor del fideicomisario no incapacitado, es decir, la adquisición de su derecho legitimario, se produce, igualmente, con la apertura de la sucesión del fideicomitente. Por último, con la extinción de la fase fiduciaria, de igual forma, se hace completamente efectiva la atribución de los bienes hereditarios que le dan contenido a la legítima de los descendientes no incapacitados.

Es importante enfatizar en que el acto de constituir la sustitución fideicomisaria especial no supone que al fideicomisario no incapacitado se le convierta en un descendiente legitimario de segunda categoría. Según hemos demostrado en este capítulo, su porción legitimaria se mantiene protegida por la naturaleza de la legítima que es *pars bonorum*, en el momento de la apertura de la sucesión del fideicomitente, durante la pervivencia de la fase fiduciaria y también en el instante en que esta finalice.

El fideicomisario no incapaz no solo adquiere, por virtud de los arts. 784 y 799 del CC y sobre todo por la propia sistemática de la institución de la legítima, su derecho legitimario desde la muerte del ascendiente testador, sino que puede transmitirlo a sus propios sucesores, a pesar de que hubiera premuerto al fiduciario incapaz. Es simple, al establecer el fideicomiso excepcional, el testador no puede excluir a ninguno de sus descendientes legitimarios de la porción que la propia ley les atribuye en su caudal hereditario, ya que como parte de las tasadas causas legales de desheredación, reguladas en los arts. 848 al 857 del CC, no está incluida la circunstancia de que alguno de ellos sea incapacitado. De ahí que el testador deba cumplir con distribuir equitativamente el primer tercio de su herencia entre los descendientes legitimarios, sin importar que, por causa del esquema fideicomisario, hubiera nombrado a alguno como fiduciario y a otros como fideicomisarios.

La única limitación que sufrirá el fideicomisario no incapacitado es que durante la fase fiduciaria verá postergada la posesión de los bienes hereditarios que representan su legítima porque el fideicomitente, a causa de la institución del gravamen fideicomisario especial, le confirió temporalmente su uso y disfrute a su hijo o descendiente legitimario incapaz para que pudiera satisfacer sus necesidades vitales. Significa que respecto a los bienes fideicomitados el incapacitado tendrá una titularidad meramente provisional. No podrá

convertirse en propietario exclusivo y definitivo de los bienes hereditarios objeto del fideicomiso especial porque el derecho legal sobre estos le corresponde a los descendientes legitimarios no incapaces, desde el óbito del testador. Por ello, justamente, al incapaz solo se le puede designar como fiduciario.

Ese carácter temporal y, por ende, claudicante de la propiedad que el fiduciario incapaz adquiere sobre los bienes fideicomitidos, conforme a los arts. 51.6 y 82 del RH de 1947, se desvelará de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la herencia o legado, de tratarse esta de inmuebles o derechos susceptibles de ser inscritos, en la que se haga constar la cláusula del fideicomiso especial y, por tanto, el derecho legitimario del fideicomisario no incapaz. Dicha inscripción no definitiva de los bienes fideicomitidos a favor del incapacitado junto con la aludida constancia registral, que servirá para proteger la legítima de los descendientes no incapacitados frente a terceros, podrá ser instada, según el art. 6 (a) y (c) de la LH de 1946, tanto por el fiduciario incapacitado como por el fideicomisario no incapaz.

Esa misma titularidad transitoria es la que hace que el fiduciario incapacitado tenga que cumplir con la obligación de conservar diligentemente los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria excepcional, ya que deberá restituírselos al fideicomisario no incapacitado cuando culmine la fase fiduciaria. Siendo consecuencia de esta responsabilidad esencial, el que tenga que realizar un inventario de los bienes fideicomitidos, que no solo le será exigido por los descendientes legitimarios no incapacitados, sino que estos también intervendrán en la formación del mismo, y que deba prestar fianza, siempre que lo hubiera dispuesto el fideicomitente y de no haberlo hecho, tal garantía estaría sujeta al criterio de si su imposición le resultaría o no onerosa.

A esto se añade que el fiduciario incapaz deberá requerir del consentimiento del fideicomisario no incapacitado para, entre otras cosas, disponer definitivamente de los bienes fideicomitidos y dividir el patrimonio hereditario, en caso de que se estuviera ante una partición consensual. Siendo necesaria su intervención, también, por ejemplo, en la decisión de conmutar o no el usufructo del cónyuge viudo.

Todo lo señalado evidencia que durante la pervivencia de la fase fiduciaria, que inicia con la muerte del fideicomitente, los descendientes legitimarios gravados conservan vinculados los bienes que conforman su derecho legitimario, debido, en términos generales, a que la naturaleza de la legítima persiste como *pars bonorum* y, en términos particulares, a la afección real que provee el art. 806 del CC. Igualmente, por la garantía que se contiene en el texto de los arts. 51.6 y 82 del RH de 1947 y en la propia lógica funcional de la figura sucesoria elegida por el legislador para favorecer a aquel o aquellos de sus hijos o



descendientes legitimarios que tengan la cualidad de incapacitados. Vinculación que, bajo estas mismas garantías, se hace extensiva al momento mismo de la extinción del fideicomiso especial, que, como hemos expuesto, se puede materializar a través de cualquiera de las siguientes causas: (1) el fallecimiento del fiduciario incapaz; (2) el vencimiento de un término prefijado por el testador; o (3) la recuperación de la capacidad del fiduciario. Razón por la que, como regla general, y a menos que aplique la subrogación real, los fideicomisarios no incapacitados deberán percibir, de parte del fiduciario incapaz, conjuntamente con el curador o por medio de su representante legal, o de sus propios sucesores, su porción legal en bienes hereditarios.

Asimismo, hemos sostenido que la institución de la sustitución fideicomisaria especial tampoco tiene como consecuencia la desnaturalización del principio de intangibilidad de la legítima. Más claramente, a través de este capítulo hicimos patente nuestro criterio de que el establecimiento de este esquema fideicomisario excepcional no provoca que se altere la esencia o la razón de ser de este principio. Únicamente se trata de otra excepción más a una de sus vertientes, la cualitativa. Aunque, sin duda, esta es de mayor trascendencia porque afecta directamente el tercio de legítima estricta y más concretamente la porción legitimaria de los descendientes no incapaces, que tendrán que soportar, de ordinario y como máximo, por toda la vida del fiduciario incapacitado, el aplazamiento en el uso y disfrute de los bienes que integran la misma.

No es que la legítima de los fideicomisarios no incapacitados se convirtió en libremente disponible. Aún subsiste la regla general de que no se puede tocar la legítima, ni cuantitativa ni cualitativamente. La única forma que tiene el ascendiente testador para atribuirle a su descendiente legitimario incapaz el uso y disfrute de todos o una parte de los bienes hereditarios que conforman la legítima de aquellos que no sean incapacitados, es mediante la constitución de esta figura sucesoria especial. De manera que lo que ha ocurrido es que el legislador ha decidido flexibilizar la aplicación del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima para poder aumentar la autonomía de la voluntad del causante y así atender la preocupación familiar y social de que el descendiente legitimario incapaz, ante la ausencia de los ascendientes, pueda contar con mayores posibilidades patrimoniales para atender sus necesidades vitales. En otras palabras, con la nueva excepción del fideicomiso especial el ente legislativo propició que, en términos generales, la institución de la legítima y, más específicamente, su principio de intangibilidad evolucionarán para hacerse más responsivo a la realidad social en la que se han de aplicar.

Mucho menos estimamos que con la constitución de la sustitución fideicomisaria excepcional se subvierte el contenido esencial del derecho constitucional a la herencia. Al balancear los tres intereses que conforman el contenido general del derecho constitucional a la herencia, es decir, el individual, representado por la libertad de testar, el familiar, relacionado con el derecho de los parientes más cercanos del causante a heredar su patrimonio hereditario, y el social, el legislador se inclinó más por el primero y el tercero, dándole una mayor libertad dispositiva al testador para constituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta a favor de su hijo y descendiente legitimario incapaz y en contra, al menos momentáneamente, de aquellos que de este grupo parental no sean incapaces. Proceder legislativo que, como hemos manifestado, respeta el contenido esencial del derecho a la herencia, porque aunque pudiera ser que los colegitimarios fideicomisarios murieran antes que el fiduciario incapacitado y que, por lo tanto, no pudieran disfrutar de los bienes hereditarios que por su legítima les correspondía, desde la muerte del testador estos ya adquirieron su derecho a una participación en dicho primer tercio y, por lo mismo, pueden transmitirlo a sus propios sucesores, que sí podrán utilizarlos. Además de que, a través de este nuevo mecanismo sucesorio, se evita que el Estado tenga que asumir más costos de los que ordinariamente asume, respecto al colectivo de descendientes legitimarios incapacitados.



## **CAPÍTULO VII**

### **Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado**

**Sumario:** Introducción; § 1 Síntesis sobre la Configuración del Derecho de Habitación Ordinario; § 2 Posibles Formas de Ordenar el Derecho de Habitación Especial: A. Atribución voluntaria, B. Atribución legal; § 3 Requisitos Generales para la Aplicación del Derecho de Habitación Conferido Voluntariamente o Atribuido por Ministerio de la Ley: A. Ámbito subjetivo: 1. Constituyente o Disponente, 2. Beneficiarios: a. Convivencia entre el legitimario discapacitado y el titular de la vivienda habitual y b. Necesidad del legitimario discapacitado al uso de una vivienda, 3. Perjudicados, B. Ámbito objetivo; § 4 Requisito Adicional Específico para la Aplicación del Derecho de Habitación Concedido por Virtud de la Ley; § 5 Limitaciones a la Aplicación del Derecho de Habitación Especial: A. Convivencia con otros legitimarios, B. Conjunción entre el derecho de habitación especial y los derechos de atribución preferente reconocidos en los arts. 1406 y 1407 del CC, C. Su intransmisibilidad; § 6 Su Repercusión en el Principio de Intangibilidad Cuantitativa y Cualitativa de la Legítima: A. Efectos cuantitativos, B. Efectos cualitativos; § 7 Sobre su Extinción; Conclusión.

## **INTRODUCCIÓN**

El art. 47 de la CE de 1978 impone a los poderes públicos el deber de favorecer el derecho que los ciudadanos tienen a disfrutar de una vivienda adecuada y digna, a través del establecimiento de normas y el fomento de aquellas condiciones que sean necesarias para su consecución. Responsabilidad que tiene que cumplirse de manera especial respecto a las personas discapacitadas, al analizarse este precepto conjuntamente con el art. 49 de la CE de 1978. Este compromiso social se hizo, si cabe, más evidente cuando el Estado español incorporó en su ordenamiento jurídico a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, al ratificarla el 23 de noviembre de 2007.<sup>1254</sup> Ya que en el art. 28.1 de este instrumento internacional, se reconoce que las personas discapacitadas tienen derecho a una vida apropiada y que uno de los elementos principales para lograrlo, además de la alimentación y el vestido, es poder disponer de una vivienda adecuada. De ahí que el Estado tenga el deber de adoptar aquellas medidas que sean eficaces para proteger y promover el ejercicio de dicho derecho.

Ante esta encomienda de política social y económica, el legislador español decidió aprobar la LPPPD, medida a través de la que modificó, entre otras cosas, la normativa civil en el ámbito del Derecho sucesorio, para mejorar o ampliar los derechos de las personas discapacitadas. Iniciativa legislativa que propició que se le diera nuevo contenido al art. 822

---

<sup>1254</sup> BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008.

del CC, pasando la redacción original de dicho precepto a un nuevo apartado tercero del art. 821 del CC.<sup>1255</sup> Concretamente, en el vigente texto de este art. 822 del CC se contemplan el ámbito de aplicación y las consecuencias que en el contexto sucesorio tendrá un derecho de habitación que el titular de la vivienda habitual impone sobre esta, ya sea *inter vivos*, a través de una donación, o *mortis causa*, mediante legado, para beneficiar al legitimario discapacitado con el que convive en ella. Igualmente, se hace referencia al potencial

---

<sup>1255</sup> Previo a este proceder, el legislador enfocó sus primeras iniciativas legislativas a atender el asunto de que la vivienda en la que habite una persona con discapacidad sea accesible y esté acondicionada a sus necesidades. Así, por ejemplo, con los arts. 32.1 - .2, 34.1, 51.5 y 51.9 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, *supra*. Estatuto que se fundamenta en diversos principios, dispuestos en su art. 3, entre los que se encuentran la igualdad de oportunidades, la normalización y la vida independiente. Principios, cuyo análisis interrelacionado exige que a la persona discapacitada se le facilite el uso y disfrute de una vivienda. DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 23, nota 99, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 860, nota 17, El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 298, nota 101, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 89, nota 104. También, están los arts. 16.1 (a - f), 24 y la Disposición transitoria segunda B) 4, 4.1, 4.2 4.7, 4.8 y B) 7 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, (LAU), BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994, última modificación el 31 de marzo de 2015. Mediante estos artículos, en términos generales, se permite que el arrendatario, previa notificación escrita al arrendador, pueda realizar reformas en el interior de la vivienda objeto del régimen de arrendamiento para hacerla funcional a la discapacidad de la persona que habita en ella. Incluso, se confiere el derecho a subrogarse *mortis causa* en el contrato de arrendamiento de vivienda al discapacitado que sea pariente hasta el tercer grado colateral del arrendatario original fallecido, siempre que hubiera vivido con este los dos años previos a su deceso, además del cónyuge, con el que estaba viviendo cuando murió, o la pareja afectiva estable, con la que hubiera convivido al menos dos años antes de su deceso o con la que convivía y tenía hijos en común. A su vez, se encuentran los arts. 1.2 y .3, 2.1 y .2, 3.1, 3.1(a), 3.1(b), 3.2, 4.1, 6.1 y 7 de la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, BOE núm. 129, de 31 de mayo de 1995, y los arts. 10.1(b), 10.2(c), 9.1(e) y 17.2 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (LPH), BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960, última modificación el 6 de octubre de 2015, cuyos contenidos tienen la intención de facilitar el acceso externo del discapacitado a su vivienda, tanto desde los elementos comunes como desde la vía pública y viceversa. (Para conocer más sobre los procesos que viabilizan que la casa de los discapacitados pueda ser interna y externamente accesible, los requisitos para que estos pueden beneficiarse de subrogarse en un contrato de alquiler de vivienda y otros asuntos relacionados, puede verse: DÍAZ ALABART, S., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M<sup>a</sup>. D., ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T. y REPRESA POLO, M<sup>a</sup>. P., «Capítulo VIII: Otras Normas para la Protección de los Discapacitados y la Incidencia de la LPPD en la Regulación General de la Incapacitación e Instituciones de Guarda», en *La Protección de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)*, (dir.) S. Díaz Alabart, Ed. IBERMUTUAMUR, Madrid, 2004, págs. 284 - 289; AMAT LLARI, M<sup>a</sup>. E., «La Protección del Discapacitado en el Ámbito Laboral y en relación a la Vivienda», en *Protección Jurídica y Patrimonial de los Discapacitados, Xornadas e Seminarios*, (coord.) D. Bello Janeiro, Ed. Escola Galega de Administración Pública (EGAP), Santiago de Compostela, 2005, págs. 25 - 28). Evidentemente, las personas discapacitadas que accedan al uso de una casa, por virtud del art. 822 del CC, se podrán beneficiar de las aludidas normas civiles que, como discutido, se aprobaron para que este grupo más vulnerable pudiera disfrutar más plenamente del bien inmueble y tener la posibilidad de acceder al mismo con mayor facilidad. FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», en *R.J.N.*, núm. 54, Abril - Junio 2005, pág. 76. Véase, además, DÍAZ ALABART, S., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M<sup>a</sup>. D., ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T. y REPRESA POLO, M<sup>a</sup>. P., «Capítulo VIII: Otras Normas para la Protección de los Discapacitados y la Incidencia de la LPPD en la Regulación General de la Incapacitación e Instituciones de Guarda», *op. cit.*, págs. 285 y 298, nota 39.

supuesto de un derecho de habitación que, bajo los mismos parámetros, se atribuye, en parte, por ministerio de la ley.

La finalidad de esta modificación es dual. Por un lado, exceptuar el principio de intangibilidad de la legítima para que el testador pueda, si así lo desea, favorecer a su legitimario discapacitado con el derecho de habitación especial. Por otro lado, atender el problema de alojamiento del legitimario con discapacidad, al asegurarle que, a pesar de la muerte del causante titular del bien inmueble, mientras viva podrá continuar disfrutando de residir y hacer su vida cotidiana en la vivienda familiar habitual. Se trata de beneficiar sucesoriamente al legitimario discapacitado, facilitándole el acceso a una vivienda, en principio, con carácter vitalicio. Ello, sin que tal beneficio signifique la reducción del derecho legitimario que le corresponde en el patrimonio hereditario del disponente. En otras palabras, la intención del legislador es evitar que la muerte del causante sea el suceso que propicie que el legitimario discapacitado tenga que abandonar la que, hasta esa eventualidad, había sido su residencia.<sup>1256</sup> Sobre el particular, más específicamente, la Exposición de Motivos de la LPPPD señala que la reforma del art. 822 del CC tiene el propósito de dar:

«una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto de habitación, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible.

Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación».<sup>1257</sup>

Alternativa jurídica que tiene lógica, si consideramos que un gran número de las personas discapacitadas residen toda su vida en la casa de sus padres o familiares, por ser dependientes de ellos. Situación que genera preocupación porque los parientes del

---

<sup>1256</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1489; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», en *R.D.P.*, Núm. 1, Enero – Febrero 2013, págs. 8, 23 – 24; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 864, nota 33, El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 303, nota 115, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 26, nota 113, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 94, nota 118; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», *op. cit.*, pág. 2941; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», en *R.C.D.I.*, núm. 722, 2010, págs. 2543 - 2544.

<sup>1257</sup> *Supra.*, Parte VII (c) de la Exposición de Motivos, pág. 40855.

discapacitado, que, por lo general, son individuos de edad avanzada, suelen cuestionarse que ocurrirá con este cuando, como resultado de su fallecimiento y del consiguiente proceso sucesorio en el que se vean envueltos varios legitimarios y el único bien hereditario sea la casa, tenga que desalojar la vivienda que hasta ese instante le ha servido como su hogar. A esto se añade que, hoy día, debido a los elevados precios que tienen ese tipo de bien inmueble, es dificultoso satisfacer la necesidad fundamental que tiene todo individuo de poder disfrutar de una residencia. Circunstancia que se complica, más aún, si se trata de una persona con discapacidad, porque su limitación física o sensorial, de 65% o más, o síquica, igual o superior a 35%, según se requiere en el art. 2 de la LPPPD para poder tener tal cualidad, puede hacerle difícil y hasta imposibilitarle conseguir el dinero suficiente para comprar o, en todo caso, arrendar una casa. Añadiéndose a este panorama, los costos que, por causa de su discapacidad, deberá invertir para convertir la vivienda en una plenamente accesible.

Todas estas particularidades son motivantes suficientes para que el conviviente, titular de la vivienda, busque y establezca a favor del discapacitado, con el que está unido por virtud de un vínculo familiar, aquellas garantías de prevención que entienda le serán más beneficiosas en el momento en que, por causa de su muerte, ya no pueda ayudarle. Siendo el derecho de habitación especial una de las instituciones jurídicas más significativas en la consecución de tal finalidad.

Precisamente, por el significado que este derecho de habitación excepcional tiene en el bienestar del legitimario discapacitado y su consecuente efecto en la vertiente cualitativa y también en la cuantitativa del principio de intangibilidad de la legítima, es que el mismo será objeto de estudio en este capítulo. No sin antes, para efectos de contextualizar y entender mejor la temática que va a estudiarse, entrar a considerar sucintamente la figura del derecho real de habitación ordinario, que, como consecuencia del nuevo texto del art. 822 del CC, ha resurgido en el Derecho común como un instrumento jurídico útil y eficiente en el ámbito de la sucesión y, particularmente, respecto a los que se benefician de su aplicación sin coste sucesorio alguno a su cargo.<sup>1258</sup>

---

<sup>1258</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 42; COBAS COBIELLA, M. E., «Hacia un Nuevo Enfoque de las Legítimas», *op. cit.*, pág. 57; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 8.

## § 1 SÍNTESIS SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN ORDINARIO

En el Derecho romano clásico habían tres diferentes formas de derecho que regulaban la circunstancia en que un individuo podía residir en una casa que no era propia. Se trataba, por un lado, del denominado *usus domus*, lo que hoy día se conoce como el derecho de uso, respecto al que no había certeza de si el usuario tenía la autoridad para acoger a otras personas extrañas a su entorno familiar. Por otro lado, se encontraba el llamado *usus-fructus habitandi*, actualmente conocido como derecho de usufructo, cuyo titular tenía una mayor capacidad de acción que el usuario, puesto que, incluso, podía arrendar la vivienda sobre la que recaía tal derecho. Y, finalmente, una forma meramente obligacional, procedente del legado *sinendi modo*, mediante la que el heredero quedaba obligado a aceptar que el legatario habitara la vivienda, de manera vitalicia.<sup>1259</sup> Este último derecho, al que se le nombró como *habitatio*, hoy día, derecho de habitación, se usaba con mucha regularidad para atender la situación en que el otorgante le dejaba la casa en propiedad a uno de sus hijos y, a la misma vez, disponía en su testamento que el resto de su prole tendría la facultad de utilizar una habitación en la misma.<sup>1260</sup>

Estos distintos derechos, que viabilizaban el que una persona pudiera habitar en una vivienda ajena, hicieron que surgiera la duda entorno a si el de habitación era un derecho de uso o de usufructo o más bien era un derecho propio. Incertidumbre que se hacía manifiesta en las diversas interpretaciones judiciales que se suscitaron sobre este particular. Con la idea de aclarar este asunto, el Emperador Justiniano, a través de la Constitución del año 530 d. C., instituyó al derecho de habitación como un derecho real autónomo, diferente al de uso y al de usufructo. Más concretamente, en el Derecho justiniano se conceptuó que la habitación, como derecho independiente, era más amplio que el uso, pero más limitado que el usufructo. Es decir, que este se encontraba, en término de sus efectos jurídicos, en una posición equidistante e intermedia entre el derecho de uso y el de usufructo. De ahí que el Emperador

---

<sup>1259</sup> RAMS ALBESA, J., *Uso, Habitación y Vivienda Familiar*, Ed. Tecnos D. L., Madrid, 1987, pág. 24. Comentar que estos tres derechos, el uso, el usufructo y el derecho de habitación, fueron originalmente configurados en el Derecho romano como servidumbres personales. En el Código Civil, a pesar de que las servidumbres personales se mantienen en el art. 531 del CC, estas se desligaron totalmente de los tres derechos mencionados, que se prefirieron configurar más bien como derechos reales de goce sobre cosa ajena. MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, pág. 2543; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «La Transmisibilidad de los Derecho Reales de Uso y Habitación (Análisis de los Artículos 523 y 525 del Código Civil)», en *A.D.*, núm. 17, 1999, pág. 87.

<sup>1260</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel Portal Derecho, S. A., 8ª edición, Madrid, 2015, pág. 417.



Justiniano estableciera que el titular del derecho de habitación estaba facultado para residir junto a su familia en la casa ajena. Además de que contaba con la potestad de poder arrendar la totalidad de la vivienda objeto del derecho de habitación o únicamente las partes sobrantes de esta, sin tener, en cambio, la posibilidad de donarla o cederla gratuitamente a otra persona, al revés de cuando se trataba del *usus* de una casa, que su titular podía habitar y ceder la misma a título gratuito, pero no alquilarla. Siendo ello indicativo de que la habitación solo recaía sobre los edificios, mientras los otros dos derechos mencionados podían hacerlo respecto a toda clase de bienes. Cualidades estas que, unidas al hecho de que el mismo solía constituirse por toda la vida del habitacionista y de que su extinción no era viable por tener pérdida de capital, lo que en latín se denomina como *capitis deminutio*, o por no utilizarse la vivienda<sup>1261</sup>, justificaron que la habitación fuera clasificada como un derecho particular.<sup>1262</sup>

---

<sup>1261</sup> Concretamente, en la Instituta, Libro II, Título V, Sección V, se dispuso lo siguiente: «*Mas si a alguno se hubiera legado o de algún modo constituido la habitación, no se reputa ni uso ni usufructo, sino como algún derecho particular. Mas a los que tienen esta habitación, les hemos permitido, por razón de conveniencia, en una constitución nuestra, promulgada conforme al parecer de Marcelo, no sólo el vivir en ella, sino también el arrendarla a otros*». GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Instituta-Digesto*, op. cit., pág. 41. Con idea similar, en el Código de Justiniano, Libro III, Título XXXIII, Sección XIII, se incluyó: «*El mismo Augusto a Juliano, Prefecto del Pretorio – Como antiguamente se dudaba, legado el usufructo de una habitación, en primer lugar, a cual era semejante, si al uso o al usufructo, o si a ninguno de los dos, correspondiendo a la habitación un derecho propio y una naturaleza especial, y en segundo lugar, si podía aquel a quien se legó la habitación darla en arrendamiento, o reivindicar para sí el dominio, nosotros, decidiendo la contienda de los tratadistas, quitamos con breve respuesta toda duda de esta naturaleza. Si, pues, uno hubiera dejado el derecho de habitación, nos ha parecido conveniente inclinarnos al parecer más favorable, y dar al legatario también la facultad de arrendarla. Porque ¿qué diferencia hay entre que el mismo legatario permanezca en ella, o la ceda a otro para percibir la renta? Y con mucha más razón, si hubiera dejado el usufructo de la habitación, cuando también parezca haberse satisfecho una nimia sutileza, habiéndose añadido también el nombre de usufructo. Porque queremos que el derecho de habitación valga en tanto que no se anteponga al de usufructo, y que el legatario no espere el dominio de la habitación, sino en el caso en que dicho legatario pueda demostrar especialmente con evidéntísimas pruebas, que también se le dejó el dominio de la casa; pues entonces se ha de obedecer en toda la voluntad del testador. Cuya decisión mandamos, que tenga lugar en todos los casos en que puede establecerse el derecho de habitación*». Además de establecerse en la Sección XI, del mismo Libro y Título, lo siguiente: «*El derecho de habitación se extingue con la muerte; y ni legando la propiedad el que tuvo el derecho de habitación, excluye la reivindicación del dominio*». GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Segunda parte: Código*, Tomo I, op. cit., págs. 376 y 377 – 378. Inclusive, en el Digesto, Libro VII, Título VIII, Sección X, sobre el derecho de habitación se manifestó: «*Ulpiano; Comentarios a Sabino, libro XVII. – Si se legara la habitación, preguntase si será lo mismo, que si el uso. Y que en cuanto al efecto ciertamente es casi lo mismo el legado de uso que el de habitación, lo estimó también Papiniano en el libro décimo octavo de las Cuestiones. En suma, no podrá hacer donación, pero recibirá a las mismas personas que el usuario; mas tampoco ella pasa al heredero, ni se pierde por el no uso, ni por la disminución de cabeza. [...] § 3. – Pero se discutió por los antiguos, si la habitación sería por un sólo año, o por toda la vida. Y dice Rutilio, que mientras uno viva, le compete la habitación; cuya opinión aprueba también Celso al libro décimo octavo del Digesto*». GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte: Instituta-Digesto*, op. cit., pág. 525.

<sup>1262</sup> FUENTESECA DÍAZ, P., *Derecho Privado Romano*, op. cit., pág. 151; RAMS ALBESA, J., *Uso, Habitación y Vivienda Familiar*, op. cit., pág. 24; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, op. cit., pág. 400; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, op. cit., pág. 417; RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G., «Determinación del Derecho de Habitación», en *R.C.D.I.*, núm. 763, 2017, pág. 2647; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Artículo 524 del CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales: Arts. 467 – 529 del CC*, Tomo VII, Vol. 1, (dirs.) M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Ed. EDESA, 2ª edición, 1992, págs. 629 y 630; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «La Transmisibilidad de los Derechos Reales de

Aunque la posibilidad del habitacionista de arrendarle a personas de buena voluntad aquella parte de la vivienda que excediera de sus necesidades se mantuvo también en las Partidas del Rey Alfonso X el Sabio, específicamente, en la Ley XXVII, del Título XXXI, de la Partida 3<sup>ra</sup><sup>1263</sup>, la misma desapareció cuando el derecho de habitación se incorporó como institución jurídica en el Código Civil. Este derecho real limitativo de dominio, en relación al modelo original, se hizo más restrictivo en su contenido, puesto que se limitó exclusivamente a la satisfacción de la necesidad de alojamiento de su titular y su familia. Haciéndose claramente distinguible del derecho de uso y del usufructo, en la medida en que, conforme al art. 524.2 del CC, el habitacionista solo está facultado a ocupar aquellas piezas de la casa ajena que necesite para sí mismo y los integrantes de su familia, salvo que, según lo permitido por el art. 523 del CC, el constituyente hubiera ampliado sus posibilidades de acción en el título constitutivo del derecho de habitación.<sup>1264</sup>

Orientación restringida que no solo se manifiesta en el Código Civil, sino que también se hizo extensiva a su aspecto formal, lo que resulta cónsono con su naturaleza de derecho real sobre cosa ajena. Puesto que al suponer el derecho real de habitación un acto de disposición que resulta en que al propietario se le limiten sus facultades de uso respecto al inmueble, es indispensable que además de que el titular de la vivienda ajena confiera su consentimiento al mismo, según se desprende del art. 397 del CC, su constitución se concrete de manera expresa y formal. Un proceder contrario no serviría de base para el

---

Uso y Habitación (Análisis de los Artículos 523 y 525 del Código Civil)», *op. cit.*, pág. 89. Véase, además, STSJ de Cataluña, núm. 3 de 4 de febrero de 1999, Sala Civil y Penal, (RJ 2000/745); SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», en *A. C.*, núm. 2, Segunda Quincena de Enero de 2009, pág. 153 y nota 27.

<sup>1263</sup> «*Habitatio en latín tanto quiere decir en romance como morada, et a logar tan solamiente en las casas et en los edificios. Et decimos que si algunt home otorga a otro morada en alguna su casa o gela dexta en su testamento, si a la sazón que esto face non dixiere señaladamente fasta quanto tiempo debe durar, que se entiende que gela dió para toda su vida de aquel a quien la otorga o la dexta en su manda, et debe usar della a buena fe guardándola, et non la empeorando nin la confonduendo por su culpa. Et otrosi debe dar buenos fiadores que tornará la casa a su dueño o a sus herederos después de su muerte o del otro plazo que fuese puesto entrellos, et puede morar en ella este a quien otorgaron la morada con la compañía que hobiere. Et aun si la quisiere arrendar o logar, puédelo facer para homes et para mujeres que fagan hi buena vecindat: et non puede home perder el derecho que ha ganado en tal morada, fueras ende tan solamiente por su muerte o quitándola sin premia en su vida*». REAL ACADEMIA DE HISTORIA, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio: Cotejadas con varios Codices Antiguos*, Tomo II: *Partidas Segunda y Tercera*, Ed. Imprenta Real, Madrid, 1807, <https://babel.hathitrust.org>, [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), última consulta el 21 de octubre de 2018, págs. 768 – 769.

<sup>1264</sup> RAMS ALBESA, J., *Uso, Habitación y Vivienda Familiar*, *op. cit.*, págs. 25 – 26; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Artículo 524 del CC», *op. cit.*, pág. 629; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «La Transmisibilidad de los Derecho Reales de Uso y Habitación (Análisis de los Artículos 523 y 525 del Código Civil)», *op. cit.*, pág. 89; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 154.

establecimiento de un derecho real sobre cosa ajena que es ejercitable frente a todos, sino que más bien implicaría una cesión en precario u otro tipo de derecho de carácter personal.<sup>1265</sup>

Hay que tener presente que al tratarse de un derecho que es oponible *erga omnes*, por ejemplo con relación a aquellos que adquieran el inmueble gravado, este solo podrá tener acceso al Registro de la Propiedad si se concedió a través de un acto formal, relevante y expreso, en el que claramente se definen y especifican todos los elementos de la relación jurídica registral. Es decir, se debe identificar a la persona que es el titular del derecho de habitación, debe quedar claramente definido y nominado que se está concediendo un derecho de habitación y determinarse el objeto específico sobre el que este recae. En cuanto este último aspecto, si el constituyente expresamente permitió que este derecho real limitativo de dominio recayera sobre toda la casa, deberá cumplir con describir el inmueble, conforme las exigencias de la ley y reglamento hipotecario. Su silencio sobre este asunto no debe entenderse como que el derecho de habitación recae sobre la totalidad de la vivienda. Más bien, se tendrá que aplicar el límite impuesto por el art. 524.2 del CC, por lo que el derecho de habitación solo podrá extenderse a las habitaciones que sean necesarias para el titular y su familia. No obstante, si las mismas no fueron identificadas por el constituyente en el título constitutivo, el derecho de habitación no podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad, por falta de determinación de objeto.<sup>1266</sup>

En definitiva, el vigente derecho de habitación ordinario reúne cinco caracteres esenciales.<sup>1267</sup> Primero, según se percibe del art. 524.2 del CC y de los arts. 2.2<sup>1268</sup> y 13<sup>1269</sup> de la LH de 1946, se trata de un derecho real de uso y disfrute que recae sobre un bien

---

<sup>1265</sup> RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G., «Determinación del Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 2651 y 2656; RDGRN núm. 11614 de 5 de octubre de 2015, (RJ 2015/6549); STS de 30 de noviembre de 1964, Sala Civil, (RJ 1964/5552).

<sup>1266</sup> SAP de Madrid de 24 de julio de 2000, Sección 11<sup>va</sup>, (JUR 2000/277500); RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G., «Determinación del Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 2652 – 2654 y 2656. Véase, además, el art. 9 de la LH de 1946 y el art. 51 del RH de 1947.

<sup>1267</sup> RDGRN núm. 11614 de 5 de octubre de 2015, *supra.*, tomando como referencia los caracteres que a través de la STS de 4 de febrero de 1983, Sala Civil, (RJ 1983/803) se definieron para el derecho de uso; SAP de Madrid de 24 de julio de 2000, *supra.*; RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G., «Determinación del Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 2648 – 2650, 2651 – 2652 y 2655 – 2656; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «La Transmisibilidad de los Derechos Reales de Uso y Habitación (Análisis de los Artículos 523 y 525 del Código Civil)», *op. cit.*, págs. 90 – 91; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, pág. 2542.

<sup>1268</sup> En el Registro de la Propiedad se podrán inscribir: «[l]os títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales».

<sup>1269</sup> «Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan».

inmueble, en específico, una casa, que no es de la pertenencia del habitacionista.<sup>1270</sup> Segundo, está limitado a cubrir las necesidades de residencia de su titular y su familia, según se prescribe en el art. 524.2 del CC. Entendiendo que si el constituyente permitió que el derecho de habitación se extendiera a la totalidad de la vivienda, de acuerdo al art. 527 del CC, los gastos de reparación necesarios para la conservación del inmueble y el abono de las contribuciones deberán ser asumidos por el habitacionista. Si resulta que solo puede habitar parte de la casa, el beneficiario del derecho real limitativo de dominio estará exento de contribuir en las señaladas partidas, siempre que al propietario le quede un aprovechamiento suficiente para soportar estos gastos. De no ser así, el habitacionista tendrá la obligación de suplir aquella porción que falte.

Tercero, del art. 525 del CC se sigue claramente que estamos ante un derecho personalísimo e intransmisible. Razón por la que su cuarta característica tiene que ver con que, ordinariamente, su temporalidad será toda la vida del titular. Como quinto y último carácter, en el art. 523 del CC se establece que el régimen jurídico del derecho de habitación, en concreto, lo que se refiere a las facultades y obligaciones de su titular, se derivará en primera instancia de su título constitutivo. Solo en su ausencia, serán aplicables las normas que se disponen en los arts. 523 al 529 del CC. También, a modo supletorio, y según se establece en el art. 528 del CC, regirá la regulación de la institución del usufructo, contenida en los arts. 467 al 512 del CC, siempre que no entre en contradicción con la particular del derecho de habitación. Ello incluye, como se expone en el art. 529 del CC, las causales de extinción del usufructo, aspecto que puntualiza aún más el mencionado carácter temporal del derecho de habitación ordinario. En el caso particular del derecho de habitación especial<sup>1271</sup>,

---

<sup>1270</sup> Incluso, desde la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 ya se aludía al derecho de habitación en estos términos. Al respecto, y en lo pertinente, en la Base 12 se establecía que «[e]l usufructo, el uso y la habitación se **definirán y regularán como limitaciones del dominio** y formas de división, regidas en primer término por el título que las constituya, y en su defecto por la ley, como supletoria de la determinación individual...». ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., *Código Civil*, *op. cit.*, pág. 50; LEY DE BASES DE 11 DE MAYO DE 1888, por la que se autoriza al gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma, BOE-A-1888-3236, Gaceta de Madrid núm. 143, de 22 de mayo de 1888, *op. cit.*, pág. 566.

<sup>1271</sup> Comentar que la A.P.D.C., salvo algunos cambios menores en los verbos del texto del art. 822 del CC, decidió mantener la posibilidad de que se constituyera, voluntaria o legalmente, un derecho de habitación a favor del legitimario con discapacidad. GALICIA AIZPURUA, G., «Título VI. De las Sucesiones, Capítulo VII. De las Legítimas y Otros Límites a la Libertad de Disposición por Causa de Muerte, Sección 1ª», *op. cit.*, pág. 599; VV.AA., «Artículo 467-7», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, *op. cit.*, págs. 92 - 93. Sin embargo, el actual art. 822 del CC es, precisamente, otra de las normas que se pretenden modificar con el Anteproyecto de Ley para reformar la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, que fue resultado del trabajo de la Comisión General de Codificación. En su art. 38, igual que la A.P.D.C., se proponen cambios de tiempo verbal, pero la principal propuesta de enmienda tiene que ver con la forma en que se hace referencia al legitimario que se va a beneficiar del derecho de habitación especial. Se sugiere que en vez de referirse a él como legitimario discapacitado, se le llame, en el apartado primero del art. 822 del CC, «legitimario que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma...». Modificación que, según se desprende de la Parte I y III de la

como se mostrará a través de este capítulo, su régimen jurídico estará definido principalmente por el contenido del art. 822 del CC, su título constitutivo, si es que mediante el mismo no se desvirtúa el propósito que el legislador pretendía al regular esta figura jurídica, y, de manera supletoria, por las normas del derecho de habitación ordinario y, en su caso, por remisión del art. 528 del CC, las del usufructo, en la medida en que todas estas tampoco contradigan su finalidad.

## § 2

### POSIBLES FORMAS DE ORDENAR EL DERECHO DE HABITACIÓN ESPECIAL

Como es sabido, en el Código Civil, contrario a lo que ocurre con el usufructo, no se definen los modos de constitución del derecho de habitación ordinario. Esta falta de previsión legislativa hace que se active el contenido del art. 528 del CC, que en forma general dispone que a este derecho real limitativo de dominio, subsidiariamente, le resultarán aplicables aquellas disposiciones establecidas para el usufructo, siempre que estas no entren en contradicción con el texto de su específica regulación. De modo que, en coherencia con el art. 468 del CC, el derecho de habitación ordinario puede constituirse «por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción». A nuestro entender, este contexto le sirvió de base al legislador para decidir

---

Exposición de Motivos, tiene que ver con un cambio de enfoque del ordenamiento jurídico, en el que, como regla general, prevalecerá que sean las personas discapacitadas las que tomen sus propias decisiones, en vez de lo que existe hoy día, es decir, un sistema donde se sustituye su criterio en determinaciones que les afectan a ellos. En otras palabras, lo que predominará será el amplio apoyo a este sector más vulnerable en el ejercicio de su capacidad jurídica y no su incapacitación o modificación de una capacidad que le resulta inherente a su persona. Solo en los casos que sea necesario, el apoyo se relacionará con la sustitución o representación del discapacitado. Véase: Ministerio de Justicia, Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en Materia de Discapacidad, *supra.*, págs. 1 – 5 y 45; Ministerio de Justicia, Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en Materia de Discapacidad, *supra.*, págs. 5 – 9, 11 – 28, 42 – 46 y 47. Habrá que ver si, en definitiva, este Anteproyecto de Ley se convierte en Proyecto de Ley y, finalmente, sobrevive al proceso legislativo. En contraposición, el vigente Código Civil de Puerto Rico de 1930 no incluye esta figura jurídica beneficiosa para los discapacitados. Tampoco, esta fue incorporada en el fallido Proyecto de Ley del Senado 1710 de 25 de junio de 2016, con el que se pretendía aprobar un nuevo Código Civil para Puerto Rico. Incluso, en el más reciente intento de legislar un nuevo Código Civil para Puerto Rico, nos referimos al Proyecto de la Cámara 1654 de 18 de junio de 2018, no se incluye nada, ni siquiera parecido, al derecho de habitación especial contenido en el art. 822 del CC de España. Quizás, igual que respecto a los otras excepciones a la intangibilidad cualitativa de la legítima estudiados en este trabajo, por el hecho de que tanto en el Proyecto de Ley del 2016 como en el del 2018 se aumenta la libertad de testar del causante. El primero, por un lado, en la exposición de motivos, pág. 17, establece que la libertad de disposición *mortis causa* será de la mitad del caudal, y, por otro lado, en el art. 1737 dispone que es de dos terceras partes de los bienes relictos. Mientras, en el segundo, concretamente en su art. 1647 y en la exposición de motivos, págs. 19 y 521, se manifiesta que la libertad testamentaria incrementará a la mitad de la herencia.

incorporar en el art. 822 del CC<sup>1272</sup> dos formas concretas de solventar la necesidad de alojamiento del legitimario discapacitado.

Por un lado, en su apartado primero se permite que el derecho de habitación especial se constituya a voluntad del causante, ya sea mediante acto *inter vivos* o *mortis causa*. Es decir, que el disponente tiene la alternativa de incluir en su testamento una disposición para atribuir a título de legado este derecho real limitativo de dominio o conferir el mismo a través de una escritura pública de donación. Implica que en su modalidad voluntaria, el derecho de habitación especial puede concederse por medio de cualquiera de las siguientes dos figuras jurídicas: una donación<sup>1273</sup> o un legado. Lo cierto es que el disponente podrá definir el contenido de este derecho de habitación especial, referente a las facultades, obligaciones y límites del beneficiario del mismo, en cualquiera de los dos títulos constitutivos mencionados. Siempre que las mismas no sean incompatibles con el texto y la finalidad del art. 822 del CC, porque de lo contrario, y a nuestro parecer, no serían aplicables los efectos de esta norma. Por otro lado, en el segundo párrafo de este precepto se establece que si el disponente no previó la constitución del derecho de habitación excepcional, en atención a satisfacer la necesidad de vivienda del legitimario con discapacidad, este podrá atribuirse por ministerio de la ley, siempre que se cumpla con los requisitos que exige la norma y que el causante no hubiera excluido, expresa o tácitamente, esta posibilidad.

Puntualizar que cualquiera de estas dos formas de atribución del derecho de habitación especial podría tener la consecuencia de que se active la figura jurídica del prelegado, que se regula en el art. 890.2 del CC.<sup>1274</sup> Ya que tratándose ambas, como se explicará en detalle en

---

<sup>1272</sup> Destacar que en la SAP de Burgos, núm. 131, de 11 de marzo de 2005, Sección 3ª, (JUR 2005/108265), se determinó la inaplicabilidad del derecho de habitación especial, art. 822 del CC, porque la muerte de los ascendientes, que resulta ser el hecho que da lugar a la apertura de la sucesión, fue previa a la fecha en que se aprobó la LPPPD. En definitiva, se estableció que esta norma carece de efectos retroactivos. Véase, además, SAP de Murcia, núm. 214, de 9 de octubre de 2007, Sección 4ª, (JUR 2008/59072).

<sup>1273</sup> Es preciso comentar que en el texto del art. 822.1 del CC el legislador incurre en una deficiencia técnica, cuando hace referencia a «[l]a donación [...] de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad...». Ya que en el momento de otorgarse la escritura de donación, el donatario no tiene la cualidad de legitimario e incluso pudiera ocurrir que tampoco la adquiriera a la muerte del causante, por causa de premoriencia, desheredación o indignidad. El derecho a la porción legítima se origina con el fallecimiento del testador, siempre que en ese momento existan parientes a los que la ley les confiere el mismo. De ahí que el instante del otorgamiento de la donación del especial derecho de habitación, que evidentemente se suscita en vida del causante titular de la vivienda familiar, no pueda suponer una vulneración de la legítima. Véase: RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 6097, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coords.) J. M. González Porras y F. P. Méndez González, tomo II, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª edición, Murcia, 2004, págs. 4019 – 4020.

la parte B de esta sección, de una sucesión a título particular, el que se abone la legítima del sucesor discapacitado a título universal, en vez de a través de un legado o la donación de otros bienes específicos y determinados, ocasionará que en su persona converjan dos posiciones jurídicas, la de heredero y la de legatario.

Situación que resultará beneficiosa para el discapacitado en dos aspectos particulares, si consideramos que la constitución del derecho de habitación excepcional se contempló por el legislador para el supuesto de un escaso caudal hereditario integrado única o principalmente por la vivienda familiar, que es la circunstancia fáctica más normal en la sociedad española. Nos referimos a que, como se trata de dos llamamientos independientes, la facultad provista por el apartado segundo del art. 890 del CC<sup>1275</sup> permitirá que el legitimario discapacitado, o su representante legal, conforme se dispone en el art. 271.3 y .4 del CC, en el caso de que estuviera incapacitado<sup>1276</sup>, opte por renunciar a la herencia y aceptar el legado, para así poderse favorecer del derecho de habitación especial, sin tener que responsabilizarse de las cargas o deudas de la herencia del causante, como podría ser el pago mensual del inmueble, obligación que será muy probable que exista.<sup>1277</sup> A lo que se añade que, fundado en el ejercicio de la aludida potestad, se podrá también evitar que tenga lugar una de las posibles

---

<sup>1274</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Aspectos Controvertidos del Legado de Habitación Previsto por el Artículo 822 del Código Civil», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2014, págs. 161 – 162; NOGUERA NEBOT, T., «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», en *La Protección de las Personas Mayores: Apoyo Familiar y Prestaciones Sociales*, Ponencias y Comunicaciones del Congreso Internacional «La Protección de las Personas Mayores», Celebrado del 7 al 9 de octubre de 2009 en Córdoba, Ed. IDADFE, Madrid, 2009, pág. 7, «El Legado de Derecho de Habitación Regulado en el Artículo 822 del Código Civil», en *R.D.U.N.E.D.*, núm. 1, 2006, pág. 476; DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez, Vol. I*, (coords.) J. Alventosa del Río y R. Moliner Navarro, Ed. Universidad de Valencia, 2008, pág. 375; FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 55, 56 – 57 y 68. Con una perspectiva contraria, SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pág. 496, comenta que aunque la exigencia del art. 822 del CC de que sea legitimario el legatario beneficiado con el legado del derecho real limitativo de dominio podría llevar a pensar que estamos ante el supuesto de un prelegado, tal idea debe desaparecer ante «la circunstancia de que el derecho de habitación se saca de la herencia, no entra en ella para calcular el valor de los bienes que hay que partir[...]».

<sup>1275</sup> Dicho precepto, concretamente, dispone que «[e]l heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla».

<sup>1276</sup> Como se discutirá con mayor detalle en la sección 3A.2 de este capítulo, somos partidarios de que la persona incapacitada judicialmente puede ser también beneficiaria del art. 822 del CC.

<sup>1277</sup> Aunque es evidente que el beneficiario del derecho de habitación especial, sí será responsable de los gastos que tal uso genere. Así, en su caso, los gastos de comunidad que afecten el uso, tales como los desembolsos para la limpieza de áreas comunes. Lo que no le corresponderá pagar, recalamos, serán los gastos de propietarios, como, por ejemplo, además, las derramas por reformas o los impuestos sobre la propiedad.

formas de extinción del derecho real de habitación, según se establece en el art. 513.3 del CC, la consolidación.

Cada una de estas formas de atribución del derecho de habitación especial, las trataremos separadamente, a continuación. Específicamente, nos centraremos en aquellos aspectos particulares que han necesitado ser objeto de aclaración por la doctrina.

#### A. Atribución voluntaria

La posibilidad de que el derecho de habitación especial pueda ser atribuido mediante donación, aparenta haber reavivado la polémica doctrinal que en su momento se generó entorno a la existencia o no de las donaciones *mortis causa*. Sin entrar de lleno en esta cuestión, quisiéramos, al menos, destacar que esta controversia surgió como resultado de las divergentes interpretaciones realizadas al art. 620 del CC, en el que se dispone que «[l]as donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

Un sector mayoritario<sup>1278</sup> de la doctrina sostenía, criterio que es el que nos resulta más persuasivo, que las donaciones *mortis causa* habían sido eliminadas del Código Civil. Era su parecer que del texto del aludido precepto se podía colegir que este tipo de donaciones debían

---

<sup>1278</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentarios a los arts. 620 y 621 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, (dirs.) M. Albaladejo García, C. Paz - Ares Rodríguez, L. Díez - Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez - Cano, P. Salvador Codérch, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1580, 1581 – 1582; ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *La Donación*, *op. cit.*, págs. 604 – 606, 607 – 609, 610 – 613 y 614; DE LOS MOZOS, J. L., *La Donación en el Código Civil y a través de la Jurisprudencia*, *op. cit.*, págs. 423, 424 – 425 y 426 - 428; STS núm. 1204 de 20 de noviembre de 2007, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2007/8118); STS núm. 166 de 12 de marzo de 2004, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2004/932); STS núm. 801 de 28 de julio de 2003, Sala Civil, Sección Única, (RJ 2003/6961); STS núm. 955 de 25 de octubre de 2000, Sala Civil, (RJ 2000/8549); STS núm. 277 de 27 de marzo de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/1853); STS núm. 636 de 25 de julio de 1996, Sala Civil, (RJ 1996/5572); STS núm. 562 de 9 de junio de 1995, Sala Civil, (RJ 1995/4912); STS núm. 580 de 13 de junio de 1994, Sala Civil (RJ 1994/6507); STS de 24 de febrero de 1986, Sala Civil, (RJ 1986/935); SAP Badajoz, núm. 151, de 21 de junio de 2002, Sección 3ª, (JUR 2003/119305); FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 49 – 50, notas 30 y 31; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 863 – 864, nota 26, El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 302, nota 108, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 25, nota 106; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 92, nota 111; NOGUERA NEBOT, T., «El Legado de Derecho de Habitación Regulado en el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 481 – 482, «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 11; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Donaciones Mortis Causa en el Código Civil y en el Derecho Civil de Navarra», en *R. J. de N.*, Núm. 15, Enero – Junio 1993, págs. 92, 96 – 97, 103 – 104 y 105; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Arts. 620 – 621», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4741, 4742 y 4743.



cumplir con las normas del Código Civil relacionadas con la sucesión testamentaria y que, por lo tanto, tenían que otorgarse por testamento, respetándose las formas y solemnidades de este instrumento público. Esta realidad impedía que la donación *mortis causa* siguiera concibiéndose como un acuerdo entre donante y donatario, ya que la exigencia de que fuera realizada por testamento, que resulta ser un acto unilateral del disponente, hacía que esta se convirtiera en una disposición testamentaria más. Por ello, se entendió que este tipo de donación era asimilable al instituto del legado.

Contrariamente, el sector minoritario<sup>1279</sup> de la doctrina consideraba que la donación *mortis causa* sí existía como parte del sistema del Código Civil. Al explicar este fenómeno, señalaban que su nacimiento debía regirse por las reglas generales de las donaciones, mientras, en su funcionamiento y desenvolvimiento eran aplicables las normas sucesorias. Más concretamente, que en su otorgamiento su forma sería de naturaleza contractual o convencional y que en, contraposición, su ordenación y regulación, en general, se ceñiría a las pautas de la sucesión testamentaria.

De ahí que la doctrina haya tenido que asumir la tarea de aclarar si la pretensión del legislador, expuesta en el apartado primero del art. 822 del CC, era que el especial derecho de habitación se pudiera conferir a través de una donación *inter vivos*, o del tipo *mortis causa* o de ambas. Definiéndose la primera modalidad, según el art. 618 del CC, como el «acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta». Tipo de donación que, de acuerdo al art. 621 del CC, no solo producirá sus efectos entre vivos, sino que participará de la naturaleza de los contratos. Mientras, la segunda se caracteriza, si es que existe, criterio minoritario que como hemos expresado no apoyamos, por la particularidad de que no puede transmitir la propiedad de lo donado hasta que el donante fallezca, ya que, tanto en su forma como en lo referente a su ordenación, consecuencias, desenvolvimiento y regulación, son partícipes de la esencia misma de un acto dispositivo de última voluntad. Significa que mientras en la donación *inter vivos* los efectos

---

<sup>1279</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Parte I: Fundamentos*, op. cit., págs. 1008 – 1022. Véase, además, DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Donaciones Mortis Causa en el Código Civil y en el Derecho Civil de Navarra», op. cit., págs. 92 y 103 - 104; FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», op. cit., pág. 49, notas 27 - 29; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», op. cit., págs. 863 – 864, nota 26, El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», op. cit., pág. 302, nota 108, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», op. cit., pág. 25, nota 106; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», op. cit., pág. 92, nota 111; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentarios a los arts. 620 y 621 del CC», op. cit., págs. 1580 – 1581 y 1582 - 1583; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Arts. 620 – 621», op. cit., pág. 4743 y nota 14; ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *La Donación*, op. cit., págs. 605, 606 y 613 – 615.

se producen en vida del donante, en la *mortis causa*, en cambio, es la muerte de este la que da origen a los mismos.<sup>1280</sup>

Mayoritariamente<sup>1281</sup>, la doctrina ha estimado que en el art. 822.1 del CC el legislador, aunque no lo haya dicho claramente, se está refiriendo a una donación ordinaria, es decir, de la tipología *inter vivos*, de un derecho de habitación a favor de algún legitimario discapacitado. Estamos de acuerdo con este parecer porque si se aceptara que se trata de una donación por causa de muerte, resultarían una mera reiteración, sin sentido, las expresiones que el legislador realiza en el art. 822.1 del CC, en cuanto a que el constituyente está facultado para conceder «una donación o legado» de un derecho de habitación especial.

Aunque hay algún autor<sup>1282</sup> que, además de apoyar la posición mayoritaria, presenta la posibilidad de que el derecho de habitación del art. 822 del CC pueda ser atribuido con efectos diferidos al momento del fallecimiento del donante, es decir, a través de la institución jurídica de una donación *inter vivos* con eficacia *post mortem*. Es su parecer que esta clase de donación *inter vivos* no se desvirtúa, en otras palabras, se mantienen sus elementos objetivos y sustanciales, por el hecho de que subjetivamente esta se haya realizado tomando en consideración la eventual muerte del donante y la previsible desprotección del legitimario discapacitado. Piensa que esta donación no deja de ser del tipo *inter vivos* por el mero hecho de que la cosa o el derecho donado se entregue cuando se produzca el deceso del disponente. Ya que entiende que la muerte del donante no forma parte de la causa específica y determinante de la donación, sino que solo es un elemento meramente subjetivo.

La propuesta de este autor también nos resulta persuasiva porque se ha reconocido que el acto de liberalidad gratuito con plena eficacia *post mortem* constituye uno de los posibles

---

<sup>1280</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 48; ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *La Donación*, *op. cit.*, págs. 601 – 602; DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 374.

<sup>1281</sup> RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 12; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 863 – 864, El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 302, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 25 – 26, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, págs. 92 – 93. Véase, además, DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 374 - 375.

<sup>1282</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 51 y 52. Véase, también, DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 375.

ejemplos de donación *inter vivos*.<sup>1283</sup> Razón por la que continúa siendo enteramente distinguible de la categoría de donación *mortis causa*.

Nos referimos a que en la donación *inter vivos post mortem* hay una verdadera donación entre vivos, en la que a favor del beneficiado se produce una situación de pendencia o temporalmente limitada, puesto que la intención del donante es que su eventual muerte solo implique condicionamiento del derecho transmitido, o aplazamiento o término del pago. En el caso del supuesto del derecho de habitación especial, su eficacia definitiva se produce a la muerte del donante, siempre que se hubiesen cumplido los requisitos que exige el art. 822 del CC, es decir, que el beneficiado fuera un legitimario discapacitado, tuviera necesidad de alojamiento y que hubiera estado conviviendo con el causante en la vivienda habitual.<sup>1284</sup> Se trataría de la transmisión de un derecho de habitación de presente, aunque esté condicionado suspensivamente al cumplimiento de los señalados requerimientos, puesto que el donante tiene la voluntad y el interés de asegurarle al legitimario con discapacidad su alojamiento en la vivienda habitual, para cuando él ya no esté vivo. Lo que implica que se manifestarán algunos actos de atribución patrimonial que servirán para demostrar que, en vida, se quiere donar el derecho real limitativo de dominio objeto de la donación. Concretamente, el legitimario discapacitado continuará disfrutando de la vivienda junto al donante, teniendo la certeza de que este derecho real le fue transmitido de forma irrevocable, a menos que se materialice alguna de las causas de revocación que se contemplan en los arts. 644, 647 y 648 del CC, pero que sus efectos particulares surtirán efecto a la muerte del constituyente, siempre que se cumplan los requisitos impuestos por el art. 822 del CC. A lo que se añade que se restringirá el poder de disposición del donante, ya sea por actos *inter vivos* como *mortis causa*, respecto al derecho donado. Y que el resto de sus herederos forzosos tendrán que respetar el derecho real constituido. De ahí que este tipo de donación se conceptúe como

---

<sup>1283</sup> Precisamente, al cualificar qué es una donación *inter vivos*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *La Donación*, *op. cit.*, págs. 615 – 616 y ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentarios a los arts. 620 y 621 del CC», *op. cit.*, pág. 1583, listan los siguientes supuestos: «1.º Las [que] se proponen transmitir ya, sin más, la titularidad de la cosa al donatario. 2.º Las que se proponen transmitir ya la titularidad de la cosa al donatario, aunque quede en manos del donante hasta su muerte. 3.º Las que, con ocasión de enfermedad o de cualquier otro peligro para su vida, y ante el temor de perderla, el donante dispone ya de la cosa para que el donatario la adquiera sin más, bien dándosela inmediatamente, bien aun conservándola en su poder, pero ya no como suya. 4.º **Las que, de cualquier modo, la transmisión de la titularidad de la cosa quede condicionada suspensiva o resolutoriamente, o de alguna manera aplazada (siempre que no ocurra que el donante se reserve facultad de revocar y que de la circunstancia que se pone para condicionar o aplazar la transmisión, resulte en definitiva que lo establecido es un mecanismo en cuya virtud la transmisión de la titularidad de lo donado del donante al donatario sólo es querida para cuando aquél muera**». Énfasis suplido. Véase, además, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Arts. 620 – 621», *op. cit.*, págs. 4747 – 4759; DE LOS MOZOS, J. L., *La Donación en el Código Civil y a través de la Jurisprudencia*, *op. cit.*, págs. 433 – 435.

<sup>1284</sup> Estos serán discutidos detalladamente en la tercera sección de este capítulo.

irrevocable, salvo se suscite alguna de las aludidas causas de revocación, y que, con su particular situación de pendencia, pueda acceder al Registro de la Propiedad en beneficio del donatario.<sup>1285</sup>

Al contrario, en la donación *mortis causa* no hay transmisión alguna del dominio de la cosa o derecho donado, en vida del donante. Ya que este no tiene intención de perder la libre disposición sobre el mismo. Significa que este tipo de donación no surtirá efectos mientras el donante esté vivo. Será su muerte el presupuesto o la *conditio iuris* que le infunda eficacia a este negocio dispositivo, de la misma forma que el deceso del testador resulta ser la causa que se la provee al testamento. En otras palabras, toda la eficacia de la donación *mortis causa* se da al fallecimiento del donante. Como el favorecido solo tiene una mera expectativa jurídica hasta la ocurrencia de la muerte del donante, en la medida en que el derecho u objeto donado no queda vinculado, este podrá revocar la donación *mortis causa* en cualquier momento. Aludido contexto que impide que este tipo de donación pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad.<sup>1286</sup>

Es importante puntualizar que como el art. 822.1 del CC tiene que ver con la donación *inter vivos* del derecho de habitación especial, quien done debe contar, de acuerdo con el art. 624 del CC, con la capacidad para contratar y disponer de sus bienes a título gratuito. Mientras, la persona que acepte, que en nuestro caso será el legitimario con discapacidad que convive con el titular de la vivienda familiar en el instante en que este murió, solo necesita ser naturalmente capaz de querer y entender. No se precisa que tenga la capacidad general para contratar. Sin embargo, si el grado de su discapacidad le hace carecer de la aptitud de entender y querer y resulta que, además, está incapacitado judicialmente, habrá que proceder conforme se disponga en la sentencia de incapacitación. En todo caso, si a pesar de su situación no fue incapacitado judicialmente, conforme el art. 304 del CC, la aceptación de la

---

<sup>1285</sup> RDGRN núm. 2587 de 20 de febrero de 2017, (RJ 2017/3391); RDGRN núm. 4015 de 5 de abril de 2016, (RJ 2016/3226); RDGRN de 21 de enero de 1991, (RJ 1991/592). Véase, también, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Arts. 620 – 621», *op. cit.*, págs. 4746 y 4747 – 4759; DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 374.

<sup>1286</sup> RDGRN núm. 2587 de 20 de febrero de 2017, *supra.*; RDGRN núm. 4015 de 5 de abril de 2016, *supra.*; STS núm. 801 de 28 de julio de 2003, *supra.*; STS núm. 636 de 25 de julio de 1996, *supra.*; STS de 24 de febrero de 1986, *supra.*; RDGRN de 21 de enero de 1991, *supra.* Véase, además, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Arts. 620 – 621», *op. cit.*, págs. 4745 – 4746; DE LOS MOZOS, J. L., *La Donación en el Código Civil y a través de la Jurisprudencia*, *op. cit.*, págs. 424, 436 – 437; DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 374.

donación podrá efectuarla el guardador de hecho, que serán sus padres o el que de ellos viva, al redundar esta en su utilidad.<sup>1287</sup>

Se entiende que los efectos de este tipo de donación serán inmediatos, una vez confluyan, de acuerdo al art. 629 del CC, la oferta del donante y la aceptación del donatario con discapacidad o, de ser necesario, y según se enfatiza en el art. 631 del CC, la de su representante legal. Aunque, la misma se perfecciona, conforme surge del texto del art. 623 del CC, desde que el donante conoce la aceptación del donatario.<sup>1288</sup> Sujetándose su validez a que, conforme al art. 633 del CC, tanto la oferta como la aceptación, que puede hacerse en el mismo instrumento público de la donación o en otro diferente, siempre que se efectúe en vida del donante, cumplan con la forma solemne de la escritura pública, puesto que el derecho de habitación excepcional donado tiene también la condición de bien inmueble, según se declara en el art. 334.10 del CC, al tener la naturaleza de un derecho real limitativo que recae sobre la vivienda habitual. Escritura pública que es necesaria para que este derecho inscribible, por virtud del art. 2.2 de la LH de 1946, pueda tener acceso al Registro de la Propiedad. En ese sentido, su revocación únicamente será posible si se materializa alguna de las causas que se detallan en los arts. 644 al 653 del CC.<sup>1289</sup>

---

<sup>1287</sup> SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pág. 495; NOGUERA NEBOT, T., «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 12.

<sup>1288</sup> Comentar, simplemente, que la doctrina dominante ha optado por la tesis de analizar conjuntamente los arts. 623 y 629 del CC. Bajo este enfoque, se ha entendido que lo que quiere decir el art. 629 del CC es que una donación se completa o existe desde que es aceptada. Sin embargo, esta no es definitivamente efectiva, es decir, puede ser revocada por el donante hasta que conozca que la donación fue aceptada por el donatario. Puesto que se piensa que la perfección de la donación a la que se hace referencia en el art. 623 del CC, no tiene nada que ver con el significado que se le confiere respecto a los contratos. Es más bien que el donante no podrá revocar la donación ya existente a partir de la aceptación, una vez conoce que el donatario la aceptó. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *La Donación*, *op. cit.*, págs. 87 – 96; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Art. 623», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4777 – 4778 y 4781 – 4783; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentarios a los art. 623 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, (dirs.) M. Albaladejo García, C. Paz - Ares Rodríguez, L. Díez - Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez – Cano, P. Salvador Coderch, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1589; STS núm. 371 de 17 de abril de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/2983).

<sup>1289</sup> Véase, además, FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 53 – 55; DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, págs. 92 – 93; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 25 – 26; «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 863 – 864, El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 302; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, págs. 2548 – 2549; ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *La Donación*, *op. cit.*, págs. 101 – 102, 123 – 124, 137 y 146 – 148; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentarios a los art. 624 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I,

A pesar de que existe esta posibilidad de que el constituyente atribuya el derecho de habitación especial mediante una donación ordinaria, se ciernen cuestionamientos sobre la efectividad de este modo de constitución de este derecho real limitativo de dominio. De una parte, no será usual ni necesario que durante su vida el titular de la vivienda le conceda un título especial a su legitimario con discapacidad para que resida junto a él en el hogar familiar. Máxime, cuando ello no solo dificultaría la disposición de la vivienda habitual por parte de su titular, sino que de poder disponer de la misma, será por un precio mucho menor, debido al derecho real que grava el bien inmueble. La preocupación del disponente de satisfacer la necesidad de alojamiento del discapacitado se hace manifiesta prospectivamente, específicamente, en el tiempo en que él ya no esté vivo para proporcionar asistencia. De otra parte, en vida del titular, la donación *inter vivos* del derecho de habitación excepcional puede suponer para el legitimario discapacitado el título que le permitirá seguir disfrutando de la vivienda familiar como hasta ahora venía haciéndolo a través de otro diferente, o aquel que le proveerá sustento jurídico a lo que hasta el momento había sido una mera situación de hecho. No mostrará ninguna diferenciación respecto a otro derecho de habitación que el disponente le hubiera otorgado a otra persona que ni fuera su legitimario ni tuviera la condición de discapacitado. Ya que las ventajas particulares del derecho de habitación del art. 822 del CC solo se activan al momento de la muerte del causante, una vez se compruebe que se cumplen los requisitos exigidos por dicho precepto.<sup>1290</sup>

Por eso es que la institución sucesoria del legado, ordenado por el titular de la vivienda habitual en su testamento, resulta ser el modo más habitual y adecuado para conferir el derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado. Mediante este instrumento

---

(dirs.) M. Albaladejo García, C. Paz - Ares Rodríguez, L. Díez - Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez - Cano, P. Salvador Coderch, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1590, «Comentarios a los art. 625 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, (dirs.) M. Albaladejo García, C. Paz - Ares Rodríguez, L. Díez - Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez - Cano, P. Salvador Coderch, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1592 - 1593, «Comentarios a los art. 630 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, (dirs.) M. Albaladejo García, C. Paz - Ares Rodríguez, L. Díez - Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez - Cano, P. Salvador Coderch, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1598, «Comentarios a los art. 631 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, (dirs.) M. Albaladejo García, C. Paz - Ares Rodríguez, L. Díez - Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez - Cano, P. Salvador Coderch, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1601; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Arts. 625 - 628», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4799 - 4800.

<sup>1290</sup> RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, págs. 12 - 13; DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 303, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 26, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, págs. 93 - 94, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 864 - 865.

jurídico, el disponente puede asegurarse de que su legitimario discapacitado continuará residiendo en la vivienda familiar, a pesar de su deceso. Incluso, el discapacitado adquirirá, según se desprende de los arts. 881 y 882 del CC, el derecho de habitación especial a la muerte del causante, sin tener la necesidad de aceptarlo y sin perder la posibilidad de repudiar dicho legado.<sup>1291</sup> Además de que, si cambiara de opinión, el testador tendría hasta su óbito para revocar o enmendar su testamento, de manera que se dejara sin efecto el legado de derecho de habitación.<sup>1292</sup>

Ante esta adquisición automática y sin interrupción de la titularidad del derecho de habitación especial y la circunstancia particular de que el legitimario discapacitado ya se encuentra disfrutando de hecho de la vivienda habitual, la doctrina se ha cuestionado la necesidad de que se cumpla con el art. 885 del CC, en cuanto dispone que «[e]l legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla». Más específicamente, si el legitimario con discapacidad debe verse precisado a peticionar la posesión jurídica del derecho de habitación excepcional, aun cuando de hecho ya se está beneficiando del mismo.

Se ha dicho<sup>1293</sup> que aunque el legitimario con discapacidad haya convivido con el causante en la vivienda habitual y, por tanto, ello suponga que se mantiene residiendo en la misma, será necesario que este, en cumplimiento del art. 885 del CC, le peticione al gravado o gravados la entrega de la posesión del legado. Posesión que será recibida directamente por el discapacitado si es capaz. Aunque, también, puede ser percibida, conforme al art. 304 del CC, por su guardador de hecho, en caso de que el discapacitado sea un incapaz sin declaración judicial, que no tenga entendimiento ni voluntad. Incluso, si el legatario es un

---

<sup>1291</sup> Ello porque el sistema de adquisición de los legados en el Código Civil es automático, desde la muerte del testador, y no precisa de previa aceptación, contrario a lo que ocurre con la herencia, que el llamado no la adquiere hasta que la acepta. Siendo así, de darse el acto de aceptación de legado, sus implicaciones serían: (1) confirmar y hacer definitiva la adquisición provisional adquirida de forma automática y (2) privar al legatario de la facultad de repudiar. ALBALADEJO, GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 11ª edición, *op. cit.*, pág. 292; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones: Principios de Derecho Civil*, tomo VII, *op. cit.*, pág. 136; ZURILLA CARIÑANA, M<sup>a</sup>. A., «Tema VIII: El Legado», en *Derecho de Sucesiones: Práctica Jurídica*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tecnos (Grupo ANAYA, S. A.), Madrid, 2009, pág. 394; OSSORIO SERRANO, J. M., «Capítulo 31: Los Legados», en *Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones*, (coord.) F. J. Sánchez Calero, Ed. Tirant lo blanch, 7ª edición, Valencia, 2015, pág. 557.

<sup>1292</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822», *op. cit.*, pág. 6096, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 4019.

<sup>1293</sup> SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pág. 497 y nota 530. Véase, además, RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, págs. 13 y 17.

incapacitado será su tutor o curador el intermediario para recibir la posesión del legado, a menos que en la sentencia de incapacitación se le hubiera autorizado, particularmente, para aceptar liberalidades. Entiende este estudioso que si el heredero, o el albacea facultado para ello, no le transmite por escritura pública la posesión del derecho de habitación legado al legitimario discapacitado, este tendrá problemas para inscribirlo a su favor en el Registro de la Propiedad.

En cambio, otro estudioso<sup>1294</sup> piensa que el cumplimiento de esta norma, en concreto, de la necesidad de solicitud de la «entrega y posesión» de la cosa o derecho legado, resulta superfluo, puesto que a la muerte del causante el legitimario discapacitado no solo habrá adquirido ininterrumpidamente la titularidad del legado del derecho de habitación especial, sino que ya estará disfrutando o poseyendo el mismo. De ahí su parecer de que el trámite que se precisa a través del art. 885 del CC es representativo de una mera formalidad innecesaria, es decir, sin justificación aparente, y, por tanto, con una consecuencia puramente dilatoria. Criterio que entiende se valida aún más, si cabe, por el núcleo familiar en el que se promueve la constitución de este especial derecho de habitación y por la situación social que se pretende atender con el mismo, que no es otra que viabilizar que el legitimario discapacitado permanezca en la casa en la que, hasta el momento, ha estado viviendo.

Es su parecer que en el supuesto del art. 822 del CC se hace manifiesta una de las posibles excepciones a la aplicación del art. 885 del CC, que tiene que ver con que el legatario ya se encuentre en posesión de la cosa o derecho legado cuando fallece el testador. Descarta el argumento de que el legitimario discapacitado debe pedir la entrega del legado porque ha estado poseyendo el derecho de habitación en un concepto distinto, como, por ejemplo, precarista o arrendatario, puesto que es la propia norma la que exige que este hubiese estado conviviendo con el causante en la vivienda habitual. Lo que sí le resulta más razonable es presumir que el testador consintió tácitamente al legatario para que tomara posesión del legado o, en otras palabras, que la posesión del derecho de habitación le fue entregada por el propio causante. De ahí que este solo tenga necesidad de obtener aquellos documentos que le permitan asegurar su nueva titularidad frente a terceros.

---

<sup>1294</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 65 – 68. Con igual criterio, DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 375 – 376. Por su parte, NOGUERA NEBOT, T., «El Legado de Derecho de Habitación Regulado en el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 483 - 484, «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 13 -14, coincide en que respecto al art. 822 del CC se cumplen dos excepciones a la norma del art. 885 del CC. Por un lado, la figura jurídica del prelegado. Por otro lado, la circunstancia de que el legitimario discapacitado ya estaría en posesión de la vivienda habitual sobre la que recae el legado de derecho de habitación especial constituido por el causante en su beneficio.



También, es el criterio de este autor que bajo el contexto del art. 822 del CC podrían cumplirse otras dos excepciones a la exigencia de que el legatario solicite la entrega de la posesión del legado. Se refiere, por un lado, a la circunstancia de la institución jurídica del prelegado, mediante la que se posibilita que en una misma persona se reúnan tanto la cualidad de heredero como la de legatario. Entiende que se hace innecesario y, por lo tanto, no exigible, que el prelegatario discapacitado que tiene en su poder el derecho de habitación legado tenga que traer su valor a la masa hereditaria para luego pedir la entrega de su posesión al heredero o herederos gravados. Más aún, cuando, por la norma del art. 822 del CC, su valor está eximido del cómputo para el cálculo de las legítimas. De manera que, ante la excepción del prelegado, para la inscripción del derecho real de habitación a favor del legitimario con discapacidad, no será necesario que previamente se hubiera producido la entrega de su posesión.

Por otro lado, cree viable, además, la excepción en la que el testador facultó en su testamento al legatario discapacitado para que directamente tomara o continuara en posesión del derecho de habitación legado. Estimación que no la altera por el hecho de que hubiera otros herederos forzosos, ya que considera que, en el supuesto que se contempla en el art. 822 del CC, el legado del derecho de habitación especial no es equivalente a una disposición que menguaría el derecho legitimario de cada uno de ellos. De ahí su apreciación de que para que el legitimario discapacitado pueda inscribir en el Registro de la Propiedad el derecho de habitación especial legado, no será necesario que presente, a pesar de que esa sea la regla general, una escritura pública de entrega por persona facultada para ello, según se establece en el art. 14 de la LH de 1946 y el art. 81.1 del RH de 1947, sino que bastará con que, unilateralmente, someta una escritura de manifestación de legado, en la medida en que ha sido autorizado expresamente por el causante para posesionarse del derecho legado. Circunstancia que considera evidente en el supuesto del art. 822 del CC, puesto que desde antes de que se materialice el efectivo derecho de habitación, ya el legitimario discapacitado estaba en posesión y disfrute de este.<sup>1295</sup>

---

<sup>1295</sup> En términos parecidos, MONESTIER MORALES, J. L., «Legados de Habitación en favor de Discapacitados: Efectos Civiles y Liquidación Monetaria», en *R.E.F.D.U.G.*, ([www.refdugr.com](http://www.refdugr.com)), Noviembre – 2007, págs. 14 - 15, «Los Discapacitados y el Legado de Habitación», en *Nuevas Perspectivas del Tratamiento Jurídico de la Discapacidad y la Dependencia*, (dir.) M<sup>a</sup>. del C. García Garnica, (coord.) R. Rojo Álvarez-Manzaneda, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, págs. 330 – 331, considera que la norma del art. 885 del CC no le es aplicable al supuesto del art. 822 del CC porque en el mismo se hace manifiesta la excepción de que el legado se encuentra en posesión del legatario discapacitado. Idea que fundamenta en dos consideraciones. Por un lado, en la intención del constituyente de que el legitimario discapacitado se mantenga en la vivienda habitual en la que ha estado residiendo. Por otro lado, la circunstancia de que su valor no tiene que computarse en las legítimas. En ese sentido, es su parecer que para que el discapacitado continúe residiendo en el inmueble, será suficiente que los herederos lo consientan tácitamente. Siempre, teniendo en cuenta que no se perjudiquen los derechos de los acreedores, ni que se incumpla con los procedimientos registrales. Al respecto, este autor,

De las dos perspectivas comentadas, estamos de acuerdo con la primera, que en esencia sostiene que a pesar de que el legado de derecho de habitación especial del art. 822 del CC es representativo de un supuesto enmarcado en la norma del art. 882 del CC, el legitimario discapacitado no cuenta con la facultad de tomar por sí mismo la posesión de la cosa legada, sino que esta, siguiendo la pauta del art. 885 del CC, deberá serle entregada por el heredero, albacea o contador partidor<sup>1296</sup>. Siendo imprescindible que en el caso de estos dos últimos hubiesen sido autorizados para ello por el testador.

Si analizamos conjuntamente los arts. 882 y 885 del CC, nos percataremos de que el legatario adquiere en dos momentos diferentes la propiedad y la posesión del legado de cosa específica y determinada, propia del testador. Concretamente, este adquiere la propiedad del derecho legado, al momento de la apertura de la sucesión. Mientras, adquiere su posesión cuando, a petición suya, la persona facultada para ello le hace entrega de la cosa objeto del legado. Entrega que representa tanto un requisito complementario para conferirle efectividad al legado, como también una circunstancia *sine qua non* para que el legatario pueda disfrutar por sí mismo del derecho que le fue legado.<sup>1297</sup> Esto como consecuencia de que es el heredero el que, por virtud de la figura jurídica de la posesión civilísima, que está regulada en el art. 440 del CC, adquiere la posesión del derecho legado, a la muerte del testador y sin interrupción, junto con la del resto de los bienes hereditarios. Como el legatario carece de

---

también, opina que para poder inscribir en el Registro de la Propiedad el derecho de habitación especial que le fue legado, el beneficiario no tiene que presentar una escritura pública de entrega otorgada por él y la persona facultada, conforme requiere el art. 14 de la LH de 1946 y el art. 81 del RH de 1947. Es su criterio que el art. 822 del CC trata de la circunstancia de un prelegado, donde, sin resultar afectadas las legítimas, el discapacitado concurre con otros legitimarios y hasta podría hacerlo, además, con el cónyuge supérstite que, por virtud de ejercer el derecho de atribución preferente que le confieren los arts. 1406.4 y 1407 del CC, tenga igualmente un derecho de habitación sobre la vivienda familiar. A lo que se añade el hecho de que el legitimario discapacitado está disfrutando y poseyendo el derecho de habitación del art. 822 del CC desde antes de que este se constituyera y fuera efectivo, contexto que entiende puede asemejarse con la posibilidad que se contempla en el art. 81 (a) del RH de 1947, de que el testador hubiera facultado expresamente al legatario para que tomara posesión de la cosa legada. Siendo, entonces, suficiente que el legatario discapacitado otorgue una «Escritura de manifestación de legado», para inscribir registralmente el derecho de habitación excepcional del art. 822 del CC.

<sup>1296</sup> Art. 81 (c) del RH de 1947; RDGRN de 29 de marzo de 2004, *supra.*, se determina que el contador partidor puede entregar legados con el consentimiento de los legitimarios o como resultado de la partición de la herencia. Ello para asegurar que los derechos legitimarios queden protegidos, es decir, para evitar que se vean afectados. Si este perjuicio es inexistente, como resultado de que no hay deudas en el caudal relicto y de que las legítimas ya fueron pagadas en vida por el testador, el contador partidor puede hacer entrega de los legados, sin el consentimiento o la intervención de los legitimarios. Véase, además, RDGRN de 27 de febrero de 1982, *supra.*; EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., «Artículo 885 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo V, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6464 - 6465, que añade, conforme al art. 1027 del CC, que cuando la herencia se encuentre en administración, la entrega de la posesión del legado puede ser realizada por el administrador.

<sup>1297</sup> RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, *supra.*; RDGRN núm. 10274 de 20 de julio de 2015, *supra.*; SAP de Madrid, núm. 461, de 26 de septiembre de 2011, *supra.*; STS núm. 397 de 21 de abril de 2003, *supra.*; RDGRN de 19 de mayo de 1947, (RJ 1947/1044).

esta denominada posesión civilísima, no cuenta con la potestad para ocupar la cosa objeto del legado por sí mismo, a pesar de ya ser su dueño. Tiene, entonces, la necesidad de pedir la entrega de su posesión porque, como se dispone en el art. 441 del CC, la misma no puede adquirirse violentamente, siempre que haya un poseedor que se resista a ello. Un fundamento adicional para este proceder, que resulta más práctico, es lograr que se mantenga la integridad del caudal hereditario para poderle responder a los acreedores por las deudas y abonar los derechos legitimarios y los legados preferentes.<sup>1298</sup>

El ordenamiento inmobiliario guarda coherencia con esta realidad jurídica sustantiva, al enfatizar, a través de varias de sus normas, en que se precisa la entrega de la posesión para que el legado pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad a favor del legatario. Por un lado, los arts. 42.7 y 47 de la LH de 1946 autorizan al legatario a pedir anotación preventiva de su derecho legado sobre los bienes en los que este recae. Tal posibilidad es indicativa de que el legatario no puede inscribir por sí mismo la cosa legada, sino que necesita que el heredero, albacea o contador partidor le haga entrega de su posesión. En otras palabras, no tendría sentido que al legatario se le permitiera hacer anotación preventiva del derecho legado, si estuviera facultado para inscribir el mismo por sí solo.<sup>1299</sup> A ello se añade, de manera más categórica aún, si cabe, que, como regla general y según se establece en el art. 2.2 de la LH de 1946, en el Registro de la Propiedad se inscribirán «[l]os títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de [...] habitación [...]». Puesto que, conforme el art. 13 de la LH de 1946, los derechos reales limitativos de dominio solo surten efectos contra terceros si se hacen constar en la inscripción del bien inmueble sobre el que recaigan. Clarificándose en el art. 14 de la LH de 1946, que dicha adjudicación concreta a favor del beneficiario deberá estar determinada en una escritura

---

<sup>1298</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., «Artículo 885 del CC», *op. cit.*, págs. 6462 – 6464; DE LOS MOZOS, J. L., «La Adquisición de la Posesión en los Legados», *op. cit.*, págs. 865, 870, 871, 880 y nota 19; REQUIXO SOUTO, X. M., «Capítulo 30: Clases de Legados», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) M<sup>a</sup> del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2<sup>a</sup> edición, Navarra, 2016, págs. 1195 - 1196. Véase, también, NOGUERA NEBOT, T., «El Legado de Derecho de Habitación Regulado en el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 483; RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, *supra.*; RDGRN núm. 10274 de 20 de julio de 2015, *supra.*; SAP de Madrid, núm. 461, de 26 de septiembre de 2011, *supra.*; RDGRN de 19 de noviembre de 1952, (RJ 1952/2816).

<sup>1299</sup> DE LOS MOZOS, J. L., «La Adquisición de la Posesión en los Legados», *op. cit.*, págs. 880 - 881 y 886. Véase, además, la RDGRN núm. 10164 de 5 de julio de 2018, (RJ 2018/4094); RDGRN núm. 7785 de 9 de junio de 2017, (RJ 2017/3129); RDGRN núm. 3711 de 16 de marzo de 2017, (RJ 2017/1384); RDGRN núm. 3105 de 9 de marzo de 2017, (RJ 2017/997); RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, *supra.*; RDGRN núm. 11955 de 16 de octubre de 2015, *supra.*; RDGRN núm. 11038 de 21 de septiembre de 2015, (RJ 2015/4620); RDGRN núm. 8307 de 4 de julio de 2014, *supra.*; RDGRN de 13 de abril de 2009, *supra.*; RDGRN núm. 3303 de 4 de marzo de 2016, (RJ 2016/1261); RDGRN de 13 de enero de 2006, *supra.*; RDGRN de 19 de noviembre de 1952, *supra.*; RDGRN de 19 de mayo de 1947, *supra.*

pública o ser resultado de una sentencia firme<sup>1300</sup>, para poderse inscribir registralmente. Definiéndose, finalmente, en el art. 81(c) del RH de 1946, que la inscripción de derechos específicos sobre inmuebles a favor de un legatario se tiene que practicar mediante una escritura de entrega otorgada por este y el contador partidor o albacea y, en defecto de alguno de estos, por el, o los, heredero(s). Y, en todo caso, según el art. 81 (b) del RH de 1947, a través de una «[e]scritura de partición de herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales<sup>1301</sup> formalizada por el contador partidor».

No obstante, como suele suceder con todo principio o regla general, la necesidad de que la posesión del legado le sea entregada al legatario, previo a que este pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad, tiene también sus excepciones. Entendiendo algunos estudiosos que al supuesto del derecho de habitación especial le son aplicables las siguientes tres: (1) el testador que autorizó al legatario para que, por sí mismo, tomara posesión de la cosa legada, al percibir que este acto es compatible con la circunstancia de que el legitimario discapacitado estuviera residiendo en la vivienda habitual, a la muerte del causante; (2) el legitimario con discapacidad ya está en posesión del derecho legado; y (3) en la figura del discapacitado convergen un heredero y un legatario, siendo ello indicativo de un prelegado. A nuestro parecer, estas tres excepciones no le son necesariamente aplicables a la norma del art. 822 del CC, tanto por las características particulares de cada una de ellas, que entendemos deben analizarse teniendo en consideración que todo tipo de legado siempre está subordinado al pago de deudas y legítimas y que su dispersión podría afectar dicho propósito<sup>1302</sup>, como, y más importante aún, por su requerida conexión con el contenido de

---

<sup>1300</sup> Es el título inscribible que surge como resultado de un procedimiento de división judicial de herencia, que se torna contencioso debido a que las partes se opusieron, conforme lo permite el art. 787.5 de la LEC de 2000, a las operaciones divisorias realizadas por el contador partidor nombrado. RDGRN núm. 2000 de 1 de febrero de 2018, (RJ 2018/502); RDGRN núm. 8588 de 20 de junio de 2017, (RJ 2017/3762); RDGRN de 9 de diciembre de 2010, (RJ 2011/554).

<sup>1301</sup> Este tipo de escritura pública es producto, según se establece en el art. 787.2 de la LEC de 2000, de la conclusión de un procedimiento judicial de división de herencia no contencioso. Puesto que el art. 787.2 de la LEC de 2000 exige que se protocolice el decreto del Letrado de la Administración de Justicia, en el que se aprueban las operaciones de avalúo y división que fueron, previamente, confirmadas por los interesados. También, será aplicable en caso de que el proceso se sobresee por desistimiento o porque las partes, según permite el art. 789 de la LEC de 2000, lleguen a un acuerdo transaccional que finalice, aunque no respecto al fondo del asunto, el procedimiento de partición judicial que se había iniciado. RDGRN núm. 2000 de 1 de febrero de 2018, *supra.*; RDGRN núm. 8588 de 20 de junio de 2017, *supra.*; RDGRN de 9 de diciembre de 2010, *supra.*

<sup>1302</sup> RDGRN núm. 10164 de 5 de julio de 2018, *supra.*; SAP de Madrid, núm. 118, de 16 de abril de 2018, *supra.*; RDGRN núm. 7785 de 9 de junio de 2017, *supra.*; RDGRN núm. 3711 de 16 de marzo de 2017, *supra.*; RDGRN núm. 3105 de 9 de marzo de 2017, *supra.*; RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, *supra.*; RDGRN núm. 11955 de 16 de octubre de 2015, *supra.*; RDGRN núm. 11038 de 21 de septiembre de 2015, *supra.*; RDGRN núm. 8307 de 4 de julio de 2014, *supra.*; SAP de Madrid, núm. 461, de 26 de septiembre de 2011,

este derecho de habitación especial y sustancialmente con el requisito de necesidad de alojamiento que debe cumplir el legitimario discapacitado al momento del deceso del causante, ya se trate, como discutiremos en detalle en la sección 3A(2)(b), de una constitución voluntaria o legal de este derecho real limitativo de dominio. Pasemos a examinar por separado cada una de estas excepciones, para luego analizar su funcionalidad en relación con este requerimiento de necesidad de vivienda que debe tener el discapacitado.

Sobre la primera excepción propuesta, de entrada, comentamos que no basta que el testador haya autorizado expresamente al legitimario discapacitado para que, de forma individual, tome posesión del derecho de habitación especial legado, sino que, como dispone el art. 81(a) del RH de 1947 y recalca la doctrina y las resoluciones administrativas de la DGRN<sup>1303</sup>, será imprescindible que no existan otros legitimarios y que no se perjudiquen los derechos de los acreedores del causante. La idea detrás de esta premisa es que se respeten tanto los derechos de los terceros interesados en la herencia como la integridad de las legítimas.

Es cierto que, como se discutirá más adelante en la sección 6A de este capítulo, el valor del derecho de habitación excepcional no se computa para efectos del cálculo de las legítimas. En otras palabras, que la constitución de este derecho real limitativo de dominio en beneficio del discapacitado no incide, al menos en términos teóricos, en la vertiente cuantitativa de la legítima de los demás coherederos forzosos, ni mucho menos en la del propio favorecido. Sin embargo, es innegable que esta excepción al principio de intangibilidad cuantitativa, en términos prácticos, tendrá el efecto de reducir el cómputo global de las legítimas y, por tanto, la porción individual de cada heredero forzoso. Situación ante la que, evidentemente, resultarán más afectados los legitimarios no discapacitados. Tampoco se puede negar que en la mayoría de las familias españolas, la casa será el bien principal o único del caudal hereditario del causante, por lo que, obligatoriamente, tal atribución incidirá en la vertiente cualitativa de la porción legal del resto de legitimarios. Lo que significa que la legítima de los herederos forzosos no discapacitados estará cualitativamente gravada con el derecho de habitación especial atribuido al legitimario con discapacidad.

---

*supra.*; RDGRN de 13 de abril de 2009, *supra.*; RDGRN núm. 3513 de 28 de marzo de 2016, (RJ 2016/1275); RDGRN núm. 3303 de 4 de marzo de 2016, *supra.*; RDGRN de 13 de enero de 2006, *supra.*

<sup>1303</sup> RDGRN núm. 10164 de 5 de julio de 2018, *supra.*; RDGRN núm. 3105 de 9 de marzo de 2017, *supra.*; RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, *supra.*; RDGRN núm. 3513 de 28 de marzo de 2016, *supra.*; RDGRN núm. 3303 de 4 de marzo de 2016, *supra.*; RDGRN núm. 11955 de 16 de octubre de 2015, *supra.*; RDGRN núm. 11038 de 21 de septiembre de 2015, *supra.*; RDGRN de 25 de mayo de 1971, *supra.*; DE LOS MOZOS, J. L., «La Adquisición de la Posesión en los Legados», *op. cit.*, págs. 883 – 889; EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., «Artículo 885 del CC», *op. cit.*, págs. 6464 – 6466.

Ante esta realidad, surge la necesidad de que los legitimarios consientan la entrega de la posesión del legado o de que concurran y confirmen la misma, cuando sea otra persona la facultada para hacer dicha transmisión y, en todo caso, bajo este supuesto, la posesión sea entregada luego de la liquidación y partición general de la herencia. Y, en el caso de que ninguna persona hubiera sido autorizada para hacer la entrega de la posesión del legado, serán los herederos los que deberán asumir esta responsabilidad, ya sea después de la liquidación del caudal, procedimiento en el que también intervienen los legitimarios, o antes, pero con la intervención o el consentimiento de los herederos forzosos.<sup>1304</sup> Solo de esta forma se garantiza que el legitimario discapacitado cumple con todos los requisitos que exige la aplicación del art. 822 del CC, en específico con la circunstancia de tener necesidad de vivienda, y que, por tanto, procede que el derecho de habitación especial quede exceptuado del principio de intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima.

Además de que, evidentemente, si hay deudas en el caudal hereditario y no existe efectivo u otros bienes suficientes en el mismo para sufragarlas, la vivienda habitual muy probablemente será el medio para poder asumir el pago debido a los acreedores del causante. De ahí que la mejor forma de que estos intereses queden asegurados, es que no resulte aplicable la mencionada excepción al art. 885 del CC y que el legitimario con discapacidad, o su representante, tenga que solicitarle a la persona facultada para ello la entrega de la posesión del derecho de habitación que le fue legado.

En cuanto a la segunda excepción de que el legitimario discapacitado se encontraba en posesión del derecho legado, incluso, desde antes de que el mismo se atribuyera y se hiciera efectivo, valga señalar que, previo al fallecimiento del causante, lo que este tenía era una mera convivencia o situación de facto, de carácter puramente personal, claramente contrastable con la constitución de un derecho de habitación especial que recae directamente sobre la vivienda familiar y que, por lo tanto, es de carácter real.<sup>1305</sup> Es decir se trata de un simple hecho de poseer, que como tal, y según se establece en el art. 5 de la LH de 1946, no tiene derecho a inscribirse en el Registro de la Propiedad. Contrario al derecho de habitación que por ser un derecho real limitativo de dominio, no solo le provee al legitimario

---

<sup>1304</sup> RDGRN núm. 17474 de 29 de noviembre de 2018, *supra.*; RDGRN núm. 3264 de 22 de febrero de 2018, *supra.*; RDGRN núm. 11848 de 22 de septiembre de 2017, *supra.*; RDGRN núm. 7818 de 5 de julio de 2016, *supra.*; RDGRN núm. 11955 de 16 de octubre de 2015, *supra.*; RDGRN núm. 8307 de 4 de julio de 2014, *supra.*; RDGRN núm. 8085 de 12 de junio de 2014, *supra.*; RDGRN núm. 6119 de 6 de marzo de 2012, *supra.*; SAP de Madrid, núm. 461, de 26 de septiembre de 2011, *supra.*; RDGRN de 29 de marzo de 2004, *supra.*; RDGRN de 20 de septiembre de 1988, *supra.*; RDGRN de 27 de febrero de 1982, *supra.*; RDGRN de 25 de mayo de 1971, *supra.*

<sup>1305</sup> DE LOS MOZOS, J. L., «La Adquisición de la Posesión en los Legados», *op. cit.*, págs. 910 – 912; EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., «Artículo 885 del CC», *op. cit.*, pág. 6467.

discapacitado un sustento jurídico para seguir disfrutando de la casa habitual, sino que, además, este, conforme al art. 13 de la LH de 1946, puede inscribirse para surtir efectos contra terceros.

No es únicamente que en el ordenamiento hipotecario, al desarrollar la norma sustantiva del art. 885 del CC, no se incluyó la circunstancia de que el legatario ya esté en posesión del derecho legado, como uno de los motivos para que este quede eximido de tener que inscribirlo a través de una escritura pública de entrega otorgada por la persona que se hubiera facultado para ello. Está claro que, de acuerdo a los arts. 81(a) y 81(d) del RH de 1947, el legatario solo tiene dos contextos posibles para instar por sí mismo la inscripción de su legado en el Registro de la Propiedad. La primera es la mencionada «Escritura de manifestación de legado», si no hay legitimarios y el testador lo facultó para que el mismo tomara el objeto legado. Y la segunda, cuando todo el caudal hereditario fue distribuido en legados y no se designó contador partidor ni albacea para que le hicieran entrega del suyo.

También, se ha entendido que habiéndose nombrado contador partidor, albacea e instituido herederos, el legatario está impedido de inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de legado otorgada exclusivamente por él. Ni siquiera la posesión de hecho del derecho legado es justificación suficiente para que este título pueda ser inscrito.<sup>1306</sup> Incluso, no se consideró válida y efectiva una Escritura de Adjudicación de Herencia en la que compareció solamente una hija del causante que era prelegataria, siendo ocho hijos en total, para adjudicarse el legado de una finca. La DGRN no le dio peso alguno a su argumento de que estaba eximida de tener que pedir la entrega de la posesión del legado porque se trataba de un prelegado, era legitimaria y, además, se encontraba en posesión del mismo. El ente administrativo entendió que la hija prelegataria no podía tomar posesión por ella misma del legado porque el testador no la había autorizado y existían otros legitimarios. Concluyendo que al no haberse designado a un contador partidor o albacea para entregar la posesión de la cosa legada, esta debía ser realizada, conforme se establece en el art. 81(c) del RH de 1947, por todos los herederos.<sup>1307</sup>

---

<sup>1306</sup> RDGRN de 19 de noviembre de 1952, *supra*.

<sup>1307</sup> RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, *supra*. Aunque, en la RDGRN núm. 3303 de 4 de marzo de 2016, *supra*, daría la impresión de que la posesión de la cosa legada por el legatario podría considerarse como excepción válida a la norma del art. 885 del CC, si se acredita y se hace constar que la misma existía desde la apertura de la sucesión. Aclarando, en la RDGRN núm. 10164 de 5 de julio de 2018, *supra*, que esa acreditación no es válida si se fundamenta en las propias manifestaciones de la parte interesada, es decir, el legatario, o, incluso, si se basa en la información del documento catastral de la finca, porque los verdaderos efectos jurídicos de la titularidad solo surgen de la inscripción. Sugiriendo como opción viable de acreditación del hecho de esa posesión, el acta de notoriedad regulada en el art. 209 del Reglamento Notarial, Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, BOE núm. 189, de 7 de julio de 1944, última actualización el 7 de noviembre de 2015. Además,

Por último, la tercera excepción del prelegado, que tampoco ha sido recogida por la normativa hipotecaria, solo puede ser efectiva si el prelegatario es el único sucesor a título universal, puesto que es en este contexto en el que exclusivamente se beneficia de la posesión especial del art. 440 del CC.<sup>1308</sup> Realidad que nos parece que no es muy probable que suceda ante el supuesto del art. 822 del CC, si partimos de la premisa de que, ordinariamente, será la vivienda habitual el bien exclusivo o principal en el caudal hereditario del causante y que respecto a este, lo normal será que el testador designe a todos sus legitimarios como herederos. Siendo así, todos compartirían la posesión civilísima respecto a la casa que es objeto del derecho de habitación excepcional legado, por lo que los no discapacitados, al ser los que tienen que sufrir este gravamen, tendrían que consentir o autorizar al discapacitado para que tomara posesión del mismo. Uno solo no podría hacer entrega de este derecho legado, a menos que le constara la renuncia de los demás no discapacitados para realizarla. Igualmente, se ha descartado la posibilidad de que se permita la entrega del legado a un legitimario que, a su vez, es heredero y legatario, si los otros herederos forzosos no consintieron tal escritura y esta no fue resultado de haberse completado la liquidación y adjudicación de la herencia. Puesto que, detrás de este enfoque, lo que se pretende es garantizar el respeto de la legítima en general, tanto la que le corresponde al prelegatario como la debida a los demás herederos forzosos.<sup>1309</sup> Contexto que, sin duda, guarda mayor relación con el supuesto que se contempla a través del art. 822 del CC.

Más importante aún que lo señalado particularmente en cuanto a cada una de las aludidas y potenciales tres excepciones a la norma del art. 885 del CC, es que hasta que el legitimario discapacitado no cumpla con evidenciar, de forma concreta y objetiva, su necesidad de tener que alojarse en la vivienda habitual, ni habrá adquirido el legado del

---

recalca que este tipo de excepción al art. 885 del CC únicamente es aplicable si el legatario se halla en posesión de la cosa legada al tiempo de la apertura de la sucesión. Si su posesión de la cosa legada fue antes o después de la muerte del causante, entonces, le aplicaría lo dispuesto en el art. 885 del CC. Véase, además, RDGRN núm. 11038 de 21 de septiembre de 2015, *supra*.

<sup>1308</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., «Artículo 885 del CC», *op. cit.*, pág. 6468; DE LOS MOZOS, J. L., «La Adquisición de la Posesión en los Legados», *op. cit.*, págs. 909 – 910.

<sup>1309</sup> RDGRN núm. 10164 de 5 de julio de 2018, *supra*.; RDGRN núm. 7785 de 9 de junio de 2017, *supra*.; RDGRN núm. 3711 de 16 de marzo de 2017, *supra*.; RDGRN núm. 3105 de 9 de marzo de 2017, *supra*.; RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, *supra*.; RDGRN núm. 3513 de 28 de marzo de 2016, *supra*.; RDGRN núm. 3303 de 4 de marzo de 2016, *supra*.; RDGRN núm. 11955 de 16 de octubre de 2015, *supra*.; RDGRN núm. 11038 de 21 de septiembre de 2015, *supra*.; RDGRN núm. 8307 de 4 de julio de 2014, *supra*.; SAP de Castellón, núm. 40, de 13 de abril de 2012, *supra*.; SAP de Madrid, núm. 461, de 26 de septiembre de 2011, *supra*.; RDGRN de 13 de abril de 2009, *supra*.; RDGRN de 9 de marzo de 2009, *supra*.; RDGRN de 13 de enero de 2006, *supra*.; RDGRN de 20 de octubre de 2001, *supra*.; RDGRN de 25 de septiembre de 1987, *supra*.



derecho de habitación especial, ya se trate de una atribución voluntaria o legal<sup>1310</sup>, afirmación producto del análisis combinado del art. 882 y 822 del CC, ni mucho menos podrá poseerlo por sí mismo, es decir, sin tener que pedir la entrega de su posesión al contador partidor o al albacea autorizado para realizarla y, en su defecto, a los herederos del causante. En otras palabras, que si habiéndose adquirido la propiedad del legado, la norma general sustantiva que persiste es que el legatario no está autorizado para apoderarse de este por él mismo, salvo excepciones puntuales, respecto a las que no existe pleno acuerdo en la doctrina y en las resoluciones administrativas, mucho menos se podrá evadir el aludido principio general, si, en referencia a nuestro caso, el legitimario discapacitado no satisfizo todos los requisitos que exige el art. 822 del CC para que sea efectivo el derecho real limitativo de dominio objeto del legado. Tengamos en cuenta que el derecho de habitación excepcional afecta a los derechos legitimarios de los no discapacitados, por lo que el incumplimiento del legitimario discapacitado con el contenido del art. 822 del CC les será beneficioso porque ocasionará que se active el régimen legitimario y que, por lo tanto, al considerarse que por ello el legado se convirtió en un derecho de habitación ordinario, su valor se compute para efectos del cálculo de las legítimas y que su constitución no implique que se vulnere la vertiente cualitativa de la porción legal de los coherederos forzosos no favorecidos.

Análisis que apoyamos en la circunstancia de que la «adquisición automática» del legado de cosa cierta y determinada del testador, que se promueve en el art. 882 del CC, no es realmente tal, ya que la misma está sujeta a que no se afecten los derechos legitimarios, es decir, que su valor quepa en el tercio de libre disposición, a que se paguen las deudas de la herencia, a la prelación en el abono de los legados y, en fin, a la liquidación y partición del caudal relicto del causante. Contexto que, unido al contenido del art. 822 del CC, hace inviable que el legatario, en nuestro caso el legitimario discapacitado, pueda tomar por sí mismo el derecho legado. En otras palabras, persiste la norma general del art. 885 del CC.<sup>1311</sup>

---

<sup>1310</sup> Aspecto que, como mencionado, discutiremos con más detalle en la sección 3A(2)(b) de este capítulo.

<sup>1311</sup> Véase: VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 310, «Los Complementos de la Legítima», *op. cit.*, pág. 109, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, *op. cit.*, págs. 1109 – 1110; SAP de Madrid, núm. 118, de 16 de abril de 2018, *supra.*; SAP de las Palmas, núm. 459, de 25 de noviembre de 2016, *supra.*; SAP de Cáceres, núm. 344 de 19 de diciembre de 2013, *supra.*; SAP de Madrid, núm. 461, de 26 de septiembre de 2011, *supra.*; SAP de Ourense, núm. 335 de 12 de diciembre de 2003, *supra.*; STS núm. 1262 de 31 de diciembre de 2003, *supra.*; STS de 24 de enero de 1963, *supra.*; STS de 11 de enero de 1950, *supra.*; RDGRN núm. 4280 de 4 de abril de 2017, *supra.*; RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, *supra.*; RDGRN núm. 8307 de 4 de julio de 2014, *supra.*; RDGRN de 13 de abril de 2009, *supra.*; RDGRN de 13 de enero de 2006, *supra.*; RDGRN de 27 de febrero de 1982, *supra.*; RDGRN de 25 de mayo de 1971, *supra.*; RDGRN de 24 de mayo de 1930, *supra.*

En definitiva, es nuestro criterio que para inscribir el legado de derecho de habitación excepcional será necesario que se produzca la entrega, por parte de la persona autorizada para ello, ya sea que esta se realice después de la partición de la herencia o antes, siempre que intervengan o den su consentimiento todos los herederos y, por supuesto, también los legitimarios. Entrega que, como regla general, deberá efectuarse en el momento pautado por el causante y no habiéndose definido tiempo alguno, esta se realizará en cualquier instante después de que el legatario la hubiera peticionado. Circunstancia que le ofrece mayor libertad al albacea, al contador partidor o a los herederos que deben cumplir con entregarle la posesión de la cosa legada al legatario. No obstante, coincidimos que en el caso del supuesto del art. 822 del CC el testador debe haberla previsto de forma inmediata y de no haber dicho nada al respecto, las personas autorizadas para hacer la entrega deben proceder, en cumplimiento con la finalidad de esta norma particular, mediante la que se quiere satisfacer la necesidad de alojamiento del legitimario con discapacidad, con la mayor premura.<sup>1312</sup> De todas formas, como legatario, el discapacitado tiene a su disposición la acción ex testamento y la acción reivindicatoria de dominio para exigir judicialmente que se le haga entrega de la posesión del legado del derecho de habitación especial. Además de contar, como previamente se ha señalado, con la garantía de la anotación preventiva, por virtud de los arts. 42.7 y 47 de la LH de 1946.<sup>1313</sup>

## B. Atribución legal

Al legado de derecho de habitación que, conforme al art. 822.2 del CC, se concede en beneficio del legitimario discapacitado por ministerio de la ley, bajo la suposición de que esta posiblemente sería la voluntad del causante, en la Parte VII (c) de la Exposición de Motivos de la LPPPD se le califica como «legado legal». Sin embargo, somos partidarios de la perspectiva de que esta manera de atribuir el derecho de habitación especial, ni es estrictamente legal, ni mucho menos es representativa de un legado, en su sentido técnico. Pensamos que no es absolutamente «legal» porque esta forma de crear el derecho de habitación especial está contenida en una norma dispositiva y no impositiva, en la medida en que en la misma se prevé la posibilidad de que el testador la excluya expresamente o disponga una cosa diferente. En otras palabras, no se trata de un derecho cuya naturaleza lo

---

<sup>1312</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 65.

<sup>1313</sup> RDGRN núm. 10274 de 20 de julio de 2015, *supra.*; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 153 y nota 24.

haga ser necesario.<sup>1314</sup> Mientras, justificamos nuestro criterio de que tampoco puede concebirse como un «legado» en su sentido estricto, razón por la que no podrá regirse por sus reglas, en el hecho de que esta institución sucesoria es típica de la sucesión testamentaria o voluntaria, lo que significa que tiene su fundamento en la voluntad del testador y no en la ley. Es decir, se trata de una atribución patrimonial que debe ser resultado de una disposición testamentaria. Siendo, entonces, más preciso calificarlo como lo que, sin duda, es: una «sucesión *mortis causa* a título particular», cuyo origen es la ley y no una disposición del causante.<sup>1315</sup>

Se ha sostenido<sup>1316</sup> que, en el ámbito de la sucesión testada, la naturaleza del «legado legal» del derecho de habitación del art. 822.2 del CC se asemeja a la legítima usufructuaria

---

<sup>1314</sup> BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, pág. 1148; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 863; RIVERA ÁLVAREZ, J. M<sup>a</sup>., «Una Perspectiva Civil de las Últimas Reformas Planteadas en Materia de Discapacidad», en *R.M.T.A.S.*, Núm. 50, 2004, pág. 108; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, pág. 2554.

<sup>1315</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 88, 89 y 93; DÍAZ ALABART, S., «Capítulo VI: Las Reformas de Derecho Sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», en *La Protección de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)*, (dir.) S. Díaz Alabart, Ed. IBERMUTUAMUR, Madrid, 2004, pág. 227; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 14; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Aspectos Controvertidos del Legado de Habitación Previsto por el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 161, nota 29; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822», *op. cit.*, pág. 6103, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 4027; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 10 – 11; DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 377; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, pág. 2554.

<sup>1316</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, pág. 6104, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, págs. 4027 – 4028, aunque, correctamente, reconoce que hay ciertas circunstancias en las que la libertad del causante será reducida. Si el testador solo tiene un descendiente, este será el que deberá percibir la legítima larga, es decir, el tercio de legítima y el de mejora. Estará impedido de concederle el segundo tercio a un tercero. En iguales términos, si la vivienda habitual es el único o principal bien del caudal hereditario, al testador se le reduce la posibilidad de atribuírselo, con cargo al segundo o tercer tercio de la herencia, a una persona, descendiente no legitimario o extraño, respectivamente, que no sea su heredero forzoso. A pesar de ello, destaca que siempre es posible que el causante le deje «la vivienda al heredero voluntario de cosa cierta o a un legatario con cargo al tercio de libre disposición, pudiendo quebrantarse de esa manera la intangibilidad cuantitativa de la legítima y abriendo la puerta a la posibilidad de que los legitimarios reclamen el complemento de la legítima (art. 815 CC) o impugnen por lesión la partición efectuada por el testador (art. 1075 CC), con lo que el demandado tendrá siempre la opción entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a una nueva partición (art. 1077.I CC)». Véase, además, FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 88 y 89; RIVERA ÁLVAREZ, J. M<sup>a</sup>., «Una Perspectiva Civil de las Últimas Reformas Planteadas en Materia de Discapacidad», *op. cit.*, pág. 108; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, pág. 2554; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario

del cónyuge supérstite, en lo que respecta a que en su base también subyace la actuación voluntaria del causante. Más concretamente, que la voluntad del testador será la que determinará si estos terminarán implicando o no un gravamen sobre la legítima. Tanta libertad tiene el testador para decidir atribuirle el tercio de mejora a los descendientes no legitimarios en lugar de a los que son sus herederos forzosos, lo que resultará en que el usufructo viudal no recaerá sobre la legítima, como para determinar que la vivienda habitual le sea atribuida a sus herederos o legatarios en concepto de mejora, siempre que se trate de sus descendientes, con cargo a la libre disposición o en pago de la legítima estricta.

Sin dejar, certeramente, de admitir que entre el usufructo del viudo y el derecho de habitación *ex lege* existen divergencias significativas. Primero, el usufructuario cuenta con más facultades que las que posee el titular de un derecho de habitación. Segundo, mientras el derecho de habitación especial, según dispuesto en el art. 822.3 del CC, es intransmisible, el de usufructo, conforme al art. 480 del CC, puede transmitirse. Tercero, como la atribución del derecho de habitación excepcional no se impone imperativamente por la ley, el causante puede decidir suprimirla, sin tener que justificar tal proceder. En cambio, al ser el usufructo viudal un derecho imperativo o necesario, este solo puede eliminarse si resulta aplicable el mecanismo jurídico de la justa desheredación, que está regulado en los arts. 848 – 857 del CC, o si el causante se encontraba separado de hecho o legalmente, ya que en cualquiera de estas situaciones el cónyuge viudo no sería legitimario. Cuarto, el derecho de usufructo del cónyuge viudo puede ser conmutado a instancia de los herederos, según permitido por el art. 839 del CC, ya sea mediante la imposición de una renta vitalicia, los productos de ciertos bienes o una cantidad en efectivo, o por exigencia del propio cónyuge sobreviviente que concurre a la herencia con hijos únicamente del consorte premuerto, conforme se autoriza en el art. 840 del CC, a través de la asignación de un dinero o de un lote de bienes hereditarios. Distintamente, el derecho de habitación del art. 822 del CC no puede ser objeto de conmutación y, en general, tampoco puede satisfacerse de una forma diferente al disfrute de

---

Discapacitado», *op. cit.*, pág. 14; DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 377. Con un punto de vista distinto, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 146, rechaza que se pueda establecer una analogía entre la institución del derecho de habitación especial y la figura jurídica del usufructo viudal. Es su criterio que contrario a la cuota usufructuaria del cónyuge supérstite, que es un gravamen permitido que afecta el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, la atribución del derecho de habitación del art. 822 del CC no puede ser utilizada para que los legitimarios no discapacitados perciban su porción legal con la nuda propiedad de la vivienda habitual, es decir, su derecho legitimario sujetado al gravamen de este derecho real limitativo de dominio. Más específicamente, el art. 813.2 del CC exceptúa expresamente al usufructo viudal de la aplicación de la vertiente cualitativa de la legítima, pero no establece una previsión similar en cuanto a la concesión del derecho de habitación especial.

la vivienda habitual, porque es en base a este bien inmueble que se determinó este derecho real.<sup>1317</sup>

Es importante aclarar que el «legado legal» del derecho de habitación especial opera tanto en el ámbito de la sucesión testada o voluntaria como en el de la intestada.<sup>1318</sup> Significa que el mismo nace por mandato de la ley, ya sea que el titular de la vivienda habitual hubiera otorgado testamento, sin efectuar previsión alguna entorno a este derecho real, como si hubiese muerto intestado. Tal afirmación no se altera por el hecho de que en el apartado segundo del art. 822 del CC se establezca que la atribución del derecho de habitación por ministerio de la ley está supeditada a la actuación que respecto al mismo realice el testador. Más concretamente, que este deberá constituirse por disponerlo así la ley, «a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente [...]». Tampoco, dicha estimación se debilita por causa de que en el art. 822.2 del CC no se aluda explícitamente al supuesto de la sucesión intestada o sin testamento.

Por un lado, la razón de ser de la referencia que en el art. 822.2 del CC se hace a la figura del «testador» tiene que ver con que su voluntad manifestada en una disposición testamentaria es el único medio que tiene el causante para excluir la aplicación legal del derecho de habitación. Por otro lado, del análisis integral del art. 822.1 y .2 del CC se puede concluir que en el primer apartado se contempla exclusivamente la modalidad voluntaria de la atribución del derecho de habitación especial que se hace evidentemente manifiesta en el ámbito de la sucesión testamentaria. Mientras, en el segundo apartado se contempla la tipología legal de la concesión de este derecho real, que en términos técnico-jurídicos es

---

<sup>1317</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 822 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, (dirs.) A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Ed. Aranzadi, S. A., 2ª edición, Navarra, 2016, pág. 871; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, pág. 6104, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 4028; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 152; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, págs. 2554, nota 23.

<sup>1318</sup> RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 15; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1148; MONESTIER MORALES, J. L., «Legados de Habitación en favor de Discapacitados: Efectos Civiles y Liquidación Monetaria», *op. cit.*, págs. 16 – 17, «Los Discapacitados y el Legado de Habitación», *op. cit.*, pág. 333; FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 92 – 93; DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 377; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», en *R.C.D.I.*, N° 751, 2015, pág. 2935; NOGUERA NEBOT, T., «El Legado de Derecho de Habitación Regulado en el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 485, «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 16; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 822 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S. A. U., 1ª edición, Valladolid, 2010, pág. 942.

perfectamente posible que opere tanto ante una sucesión mixta, en la que convergen disposiciones voluntarias del causante y de la ley, como en la que es *ab intestato*, puesto que en ambos contextos estará presente la falta de previsión expresa del causante respecto a brindar una solución sucesoria a la necesidad de residencia del legitimario discapacitado, que se hará evidente una vez que el titular de la vivienda habitual fallezca. Carencia que es la que explícitamente el legislador quiere satisfacer con la posibilidad del derecho de habitación en general y en lo pertinente con la modalidad legal del art. 822.2 del CC.

En otras palabras, este enfoque permitirá que se cumpla ampliamente con la finalidad que el legislador pretende de la aplicación del derecho de habitación especial en cualquiera de sus modalidades, que no es otra que viabilizar que el heredero forzoso con discapacidad continúe alojándose en la vivienda familiar, a pesar de la muerte del causante titular de la misma. De ahí la importancia de que se dé cumplimiento al propósito del derecho de habitación especial en los tres tipos de sucesiones *mortis causa* que se autorizan mediante el art. 658 del CC. Además de que esta posibilidad resulta coherente con la naturaleza de esta clase de asignación que, como hemos expresado anteriormente, no tiene nada que ver con la institución del legado y sí mucho que ver con una atribución patrimonial singular que puede muy bien ser ajena a una específica voluntad declarada en testamento.

No compartimos el criterio<sup>1319</sup> de que la atribución «legal» del derecho de habitación especial no es aplicable en la sucesión intestada, sino solo en la voluntaria, porque en este ámbito el causante no puede excluir la alternativa de este «legado legal», que es una de las excepciones que se contemplan en el art. 822.2 del CC. A nuestro modo de ver, la efectiva aplicación del art. 822.2 del CC debe ser analizada bajo dos circunstancias distintas. Si el causante no previó cómo se atendería la necesidad de residencia de su legitimario discapacitado, ya sea porque no otorgó testamento o porque a pesar de haberlo otorgado no incluyó alguna disposición testamentaria sobre el particular, se activará la norma contenida en el art. 822.2 del CC. Ahora bien, si el testador dispuso algo respecto a la necesidad de alojamiento del discapacitado, habrá que ver si su disposición testamentaria es o no incongruente con el derecho real de habitación o si excluyó expresamente o no la posibilidad de este tipo de atribución. Si excluyó la alternativa del «legado legal» del derecho de habitación o satisfizo la necesidad de vivienda del legitimario discapacitado mediante la concesión de otros derechos, prevalecerá la voluntad del testador. Es decir, no operará el art. 822.2 del CC. Por el contrario, si la disposición ni es incompatible con el «legado legal» del

---

<sup>1319</sup> AMAT LLARI, M<sup>a</sup> E., «La Protección del Discapacitado en el Ámbito Laboral y en relación a la Vivienda», *op. cit.*, págs. 32 – 33.

derecho de habitación ni implica su supresión, entonces se activará lo que se dispone en el art. 822.2 del CC.

Debemos precisar, sin embargo, que cuando decimos que se activa la norma del art. 822.2 del CC, nos estamos refiriendo al derecho que la ley le concede al legitimario discapacitado a exigir que a su favor se constituya el derecho de habitación especial y a hacer valer el mismo frente a los demás herederos forzosos que no tienen condición alguna de discapacidad. No es que este derecho real de habitación, que sin duda es de origen legal, se constituye directamente por la ley, es decir, se crea automáticamente, sino más bien que, cumpliéndose los requisitos señalados en el art. 822.2 del CC, su constitución es compelida por esta.<sup>1320</sup> Tampoco, la mera tolerancia, expresa o tácita, del resto de herederos forzosos no discapacitados de dejar que el legitimario con discapacidad continúe residiendo en la vivienda habitual, tendrá la trascendencia jurídica de que estos aceptan la atribución *ex lege* del derecho de habitación especial.<sup>1321</sup>

Tratándose de un derecho real limitativo de dominio de carácter legal, será necesario un acto expreso de constitución, que no es otra cosa que un acto jurídico que sirva para conferirle concreción al mandato legal, en el que se deberá definir su extensión y la posibilidad de que tenga que coexistir con los derechos de otras personas. El mismo puede revestir carácter voluntario si se realiza de mutuo acuerdo entre el beneficiario, es decir, el legitimario con discapacidad, y el gravado, que, como se discutirá en la sección 3A.3 de este trabajo, siempre serán los coherederos forzosos no discapacitados y en casos particulares

---

<sup>1320</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 822 del CC», *op. cit.*, pág. 871; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 152; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 14; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», *op. cit.*, págs. 2935 y 2943. Sobre este asunto, también, es importante consultar: DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Artículo 468 del CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales: Arts. 467 – 529 del CC*, Tomo VII, Vol. 1, (dirs.) M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Ed. EDESA, 2ª edición, 1992, pág. 27, puesto que la posibilidad del art. 822.2 del CC tiene su base en la modalidad legal del usufructo, que se contempla en el art. 468 del CC, en virtud de la remisión general que se hace en el art. 528 del CC, precepto que forma parte de la regulación del derecho de habitación ordinario. Contrariamente, algunos autores aparentan opinar, sin emitir mayores explicaciones, que el derecho de habitación *ex lege* supone su creación automática. Por ejemplo, MONESTIER MORALES, J. L., «Legados de Habitación en favor de Discapacitados: Efectos Civiles y Liquidación Monetaria», *op. cit.*, pág. 16, «Los Discapacitados y el Legado de Habitación», *op. cit.*, pág. 332, comenta que «la atribución del derecho de habitación por ministerio de la ley opera de forma automática, una vez acreditado el fallecimiento del *de cuius*, para aquellos casos en que la lectura e interpretación del testamento, resulte que no se haya previsto nada al respecto». En similar sentido, RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 11, expresa que «[e]l legitimario con discapacidad, dándose los presupuestos mencionados, se convierte en titular de un derecho de habitación sobre la que ha venido siendo su vivienda habitual, que puede hacer valer frente a los restantes herederos forzosos».

<sup>1321</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 90 – 91. Véase, además, SAP de Córdoba, núm. 298, de 21 de noviembre de 2000, Sección 3ª, (AC 2000/2252).

podría incluir a una persona diferente a la cual el causante le otorgó la nuda propiedad de la vivienda habitual. Pero también puede ser resultado de una decisión judicial, si al originarse una controversia sobre la concurrencia o no de los requisitos que exige el art. 822.2 del CC, el gravado se niega a constituir el derecho de habitación legal y el discapacitado, o su representante legal, en caso de que este carezca de capacidad de obrar, se ve obligado a instar una petición al respecto ante los tribunales.<sup>1322</sup>

En definitiva, a partir del momento de la apertura de la sucesión el legitimario discapacitado tendrá la oportunidad de ejercitar su derecho a exigir que se constituya a su favor el derecho de habitación legal. No existe un plazo particular establecido para ello, pero, fundados en el principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos, podría considerarse como límite el instante en que se ponga final a la comunidad hereditaria. Por lo que, de ordinario, la constitución del derecho de habitación *ex lege* se materializará en la escritura de partición de la herencia, ya sea esta resultado del mutuo acuerdo o consecuencia de una decisión judicial. Aunque, igualmente, un auto judicial pudiera servir como título del derecho de habitación del art. 822.2 del CC, en caso de que la solicitud de su constitución se hubiera realizado a través del mecanismo del expediente de jurisdicción voluntaria, conforme surge del art. 19 de la LJV de 2015. Siendo necesario que, a instancia de parte, y según se dispone en el art. 22.2 de la LJV de 2015, se expida mandamiento a favor del Registro de la Propiedad para la constancia registral de la resolución definitiva. La significación de este título es doble porque, por un lado, tiene el efecto de cambiar el concepto en el que el legitimario discapacitado posee la vivienda familiar y, por otro lado, permite que el derecho de habitación legal pueda acceder al Registro de la Propiedad.<sup>1323</sup>

### § 3

## **REQUISITOS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN CONFERIDO VOLUNTARIAMENTE O ATRIBUIDO POR MINISTERIO DE LA LEY**

### **A. Ámbito subjetivo**

#### **1. Constituyente o Disponente**

---

<sup>1322</sup> RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 15; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 152; RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 822 del CC», *op. cit.*, pág. 871.

<sup>1323</sup> SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 152 – 153; RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 822 del CC», *op. cit.*, pág. 871; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 15.



Evidentemente, si nos referimos a la figura del constituyente es porque estamos ante el supuesto del legado o donación del derecho de habitación especial, que está regulado en el apartado primero del art. 822 del CC. Está claro que el ascendiente, en general<sup>1324</sup>, el progenitor, el cónyuge o el descendiente del discapacitado puede cualificar como disponente, siempre que, además, tenga la capacidad suficiente para otorgar una escritura de donación o un testamento, es decir, para donar o testar.<sup>1325</sup> Sin embargo, a estos requisitos para ser constituyente, el art. 822.1 del CC le añade el de ser «titular» de la vivienda habitual que es objeto del derecho de habitación excepcional.

Ahora bien, qué estaba en la mente del legislador cuando decidió emplear la expresión «titular». Para nosotros, es obvio que tiene que ver con aquel testador o donante que tiene poder para disponer sobre la totalidad de la vivienda familiar. Sentido en el que claramente cabe un propietario. Incluso, podría tratarse de un copropietario, siempre que la constitución del derecho de habitación del art. 822 del CC hubiera sido autorizada también por el resto de los copropietarios y que todos hubiesen estado cohabitando en la casa junto con el legitimario discapacitado, al momento de la muerte del causante. Por ejemplo, en caso de que la vivienda habitual sea ganancial, ambos cónyuges debieron haber otorgado conjuntamente una escritura de donación concediendo sobre esta un derecho de habitación a favor de alguno de sus hijos discapacitados, o, cada uno, respectivamente, en su testamento disponer de un legado a tales efectos.<sup>1326</sup>

---

<sup>1324</sup> Nos referimos al ascendiente de grado más lejano, en el supuesto de que no hubiera hijos ni nietos para representar a su padre o madre.

<sup>1325</sup> MONESTIER MORALES, J. L., «Legados de Habitación en favor de Discapacitados: Efectos Civiles y Liquidación Monetaria», *op. cit.*, pág. 10, «Los Discapacitados y el Legado de Habitación», *op. cit.*, pág. 326; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 868, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 306, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 29, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 98; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 207.

<sup>1326</sup> RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, págs. 15 - 16; DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 307 y nota 126, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 29 y nota 124; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 98 y nota 129; «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 868 y nota 45; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 208; NOGUERA NEBOT, T., «El Legado de Derecho de Habitación Regulado en el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 482, «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 8; FLORES

En cambio, no vislumbramos posible que, para efectos de constituir el derecho de habitación del art. 822 del CC, puede considerarse como titular a aquella persona cuyo poder de disposición sobre la vivienda habitual está prefijado en el tiempo, en otras palabras, tiene una duración temporal. Aludimos, por ejemplo, al caso en que el constituyente esté ocupando la casa como usufructuario, heredero fiduciario o que respecto a esta tenga un derecho de uso o de habitación. En cuanto a este último, somos del criterio de que tratándose de un derecho personalísimo, el mismo resulta, por tanto, intransmisible a terceros, en general, lo que también incluye al propio legitimario discapacitado, según se desprende del art. 525 del CC y se confirma en el art. 822.3 del CC. De no ser así, el propietario de la vivienda terminaría afectado por una circunstancia que no perjudicaba al titular del derecho de uso y habitación.<sup>1327</sup>

En términos más amplios y generales, la eventualidad del fallecimiento del disponente generará dos eventos incompatibles entre sí. Por un lado, se materializarían los efectos del derecho de habitación excepcional. Por otro lado, se extinguiría el derecho que le ha permitido al constituyente utilizar la casa como vivienda habitual. Respecto al heredero fiduciario, su muerte sería el suceso que generaría que su derecho propietario o titularidad temporal sobre la vivienda habitual pase al fideicomisario. En el caso del usufructuario, igualmente, su óbito, de ordinario, será el evento, conforme al art. 513.1 del CC, que causará la extinción del derecho de usufructo. En definitiva, una persona que tiene un derecho que se extingue con su muerte, ni podrá donarlo íntegramente, ni mucho menos instituir un nuevo derecho tomando como base el suyo, con el propósito de que, a su muerte, el legitimario discapacitado pueda continuar residiendo en la vivienda habitual.<sup>1328</sup>

Aunque, de acuerdo al art. 513.2 del CC, puede darse el caso de que el derecho de usufructo se hubiera constituido por un tiempo determinado distinto a la fecha de la muerte

---

RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 62.

<sup>1327</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, pág. 6105, nota 24, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 4030, nota 21; NOGUERA NEBOT, T., «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 8.

<sup>1328</sup> DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 307, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 29; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, págs. 98 - 99; «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 868 - 869; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 16. Véase, además, NOGUERA NEBOT, T., «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 8; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 208.

del beneficiario, circunstancia que sería indicativa de que el derecho de habitación especial dispuesto por el usufructuario solo sería válido mientras no se extinga el aludido usufructo. Contexto que pensamos no guarda correspondencia con la finalidad del art. 822 del CC, que es satisfacer de forma duradera la necesidad de vivienda del legitimario con discapacidad, no en cualquier bien inmueble, sino en aquel que ha tenido su hogar familiar, en la medida en que el derecho de habitación duraría menos que la vida del habitacionista discapacitado.

Otra excepción sería que el derecho de usufructo, según el art. 516 del CC, se hubiera concedido en consideración, por ejemplo, a la vida del legitimario discapacitado, es decir, de un tercero, lo que ocasionaría que si el usufructuario constituyó un derecho de habitación especial a favor de este, el mismo sí podría perdurar por toda su vida. Lo que implica que este supuesto no solo sería coherente con el propósito que se persigue a través del art. 822 del CC, sino que además el usufructuario cumpliría con la exigencia del precepto de ser un «titular» porque se trataría de una persona «[q]ue tiene a su nombre un título o documento jurídico que le identifica, le otorga un derecho o la propiedad de algo [...]»<sup>1329</sup>, que en nuestro caso tiene que ver con la vivienda habitual. Sin embargo, si el derecho de usufructo únicamente se confirió, que es otra posibilidad contemplada por el art. 516 del CC, por el tiempo en que un tercero, que puede muy bien ser el legitimario discapacitado, llegue a cierta edad, el derecho de habitación especial que el usufructuario hubiese instituido a favor de este, tendrá el mismo resultado que el anterior supuesto considerado. Es decir, la validez del derecho de habitación excepcional cesaría con la extinción del derecho de usufructo. De ahí que, como hemos manifestado, no consideremos viable esta situación dentro de las posibilidades de aplicación del art. 822 del CC.<sup>1330</sup>

A pesar de lo señalado, alguna autora<sup>1331</sup> opina que es posible que el testador legue un derecho de habitación especial respecto a una casa que no sea propia, pero sobre la que se tiene un derecho, ya sea, por ejemplo, como usufructuario o heredero fiduciario, que le

---

<sup>1329</sup> *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Edición del Tricentenario, Actualización 2017, [dle.rae.es/?id=ZtcjXVfIZtj2OHs](http://dle.rae.es/?id=ZtcjXVfIZtj2OHs), (última consulta el 14 de octubre de 2018).

<sup>1330</sup> Véase: RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, págs. 16 – 17; CLEMENTE MEORO, M. E., «Comentario al Art. 480», en *Comentario al Código Civil: Tomo III (Arts. 361 a 587)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 3877 y 3881; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 208.

<sup>1331</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 869 y nota 47, El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 307 – 308 y nota 128, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 29 y nota 126; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 99 y nota 131.

permite utilizarla como su vivienda habitual. Ello recurriendo al sentido estricto de la figura jurídica del legado de cosa ajena perteneciente a un tercero, que está regulada en los arts. 861 y 862 del CC. Estimación que se asume, aunque se piensa que este supuesto no estaba en la mente del legislador cuando redactó el art. 822 del CC. Ante este contexto, el heredero se verá obligado a adquirir el derecho. De lograrlo y haberse cumplido con los requisitos que exige el art. 822 del CC, se entiende que el legitimario discapacitado terminará beneficiándose de las ventajas que el legislador contempló a su favor como resultado de la aplicación de esta institución jurídica excepcional. Entre las que evidentemente se encuentra la no computación del derecho de habitación especial para efectos de determinar las legítimas.

No obstante, la estudiosa se pregunta qué ocurriría si el heredero no puede conseguir el derecho de habitación y se ve forzado a cumplir con la disposición del causante, conforme se establece en el art. 861 del CC, entregándole al legatario una justa compensación por el mismo. Concretamente, se cuestiona si esa valoración económica también será exceptuada del cómputo para el cálculo de las legítimas, en otras palabras, si será partícipe de los efectos de la aplicación del art. 822 del CC, o si deberá someterse al régimen general, en la medida en que esta viene a sustituir la posibilidad de que el legitimario discapacitado continúe residiendo en la vivienda habitual, es decir, no provee solución a su problema de alojamiento.

Interrogante a la que contesta de manera no categórica, planteando, de una parte, que sería un sin sentido aplicar el régimen especial del derecho de habitación del art. 822 del CC, si con ello no se le facilita al legitimario discapacitado el uso de la vivienda familiar, que, justamente, viene a ser la finalidad de esta norma. Y, de otra parte, argumentando que su inaplicación resultaría incongruente con el fin protector, en general, de la LPPPD, en base al que se puede pensar que para las personas con discapacidad es más beneficioso obtener una cantidad de dinero adicional a su porción legitimaria. También, con dudas, se ha manifestado que sería injustificable que los demás legitimarios no discapacitados tuvieran que soportar los efectos de la aplicación del art. 822 del CC, en el caso de que el heredero no hubiera podido satisfacer *in natura* el legado de habitación que se constituyó sobre una casa ajena.<sup>1332</sup>

Incluso, con un enfoque más amplio, cierto estudioso<sup>1333</sup> ha llegado a sostener que si el testador constituye un legado de derecho de habitación especial con relación a una vivienda

---

<sup>1332</sup> RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 17.

<sup>1333</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 215 – 216. Compartiendo dicho criterio, SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*,

en la que solo tiene una parte indivisa, no solo se podrá acudir al legado de cosa ajena de un extraño a la herencia, contenido en los arts. 861 y 862 del CC, sino también a otros de los supuestos que, por compartir el mismo denominador común de la ajenidad, están dentro de esta categoría general. En concreto, se refiere al legado de cosa del gravado, ya sea propia del heredero o de un legatario, regulado en el art. 863 del CC, y al de cosa en parte propia, del testador o del gravado, sea este legatario o heredero, y en parte ajena, que se dispone en el art. 864 del CC.<sup>1334</sup> Puntualizando que en todos estos casos el heredero deberá adquirir la

---

pág. 496, señala: «El objeto que contempla la norma es la “vivienda habitual” sobre la que el donante tenga poder de disposición a título gratuito, aunque puede no tenerlo, ya que cabe dentro del legado, el de cosa ajena, esto es que se legue el derecho de habitación, sobre una vivienda no propia (puede ser habitual y no propia del donante o testador; por ejemplo, la vivienda habitual es del cónyuge del testador)». Véase, además, NOGUERA NEBOT, T., «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 9. Sin embargo, LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 215, descarta la posibilidad de que el disponente pueda donar un derecho de habitación especial sobre la parte indivisa que le corresponde en la vivienda. Ello «porque el derecho de habitación recae sobre una vivienda susceptible de ser habitada pero no sobre una parte indivisa de la misma, puesto que, al carecer esa porción indivisa de ubicación física concreta en el total de la vivienda, no se puede determinar el espacio que ha de soportar el gravamen». Entiende que solo hay dos situaciones fácticas en las que sería viable que un derecho de habitación se constituyera por acto *inter vivos*, es decir, mediante donación, sobre una parte indivisa. «El primero es el supuesto en que se hubiese concretado por los proindivisarios la parte física de vivienda a la que correspondería el uso por la titularidad de la parte indivisa de que se trate ya que, en tal caso, sí existiría un espacio físico determinado sobre el que recaería el derecho de habitación...». Aunque, en base a su perspectiva de que el objeto del derecho de habitación especial, contrario al ordinario, es la totalidad de la vivienda habitual, pone en duda que este supuesto pueda resultar aplicable al caso de la institución jurídica especial del art. 822 del CC. «Y el segundo es el supuesto de disposición condicional de ese derecho de habitación, consistiendo la condición (no puramente potestativa) a que el resto de proindivisarios consientan o bien a la concreción física del derecho sobre la vivienda o bien al gravamen total de la misma, en su caso, y ello, incluso, mediante precio y por el título que sea». En contra, en general, de que se pueda inscribir en el Registro de la Propiedad un derecho de habitación que se constituyó sobre una cuota indivisa, RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G., «Determinación del Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 2652 – 2654.

<sup>1334</sup> Si bien, en términos generales, FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 62 – 63, excluye el legado de cosa ajena del ámbito de aplicación del art. 822 del CC, este matiza su conclusión para señalar que la modalidad de legado en parte propia y en parte ajena del art. 864 del CC sí sería posible en el supuesto de que la atribución del derecho de habitación especial recayera en una vivienda familiar que también es ganancial. Sus expresiones concretas sobre este asunto son: «La vivienda habitual es el hogar familiar que constituye a su vez un inmueble ganancial en muchas de las ocasiones. A resultados de esta situación es factible que el testador intente legal lo que sólo le pertenece de forma parcial por la propia situación de cotitularidad o del régimen económico matrimonial, en cuyo caso, por aplicación de lo señalado en el art. 864 CC, el legado queda limitado a esa concreta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega el bien o el derecho por entero. Se configuraría esta previsión testamentaria como un legado de cosa ajena, al menos sobre la porción que no le corresponde al testador, con todas las consecuencias derivadas de esta situación». No compartimos esta perspectiva porque, a nuestro modo de ver, si el testador constituye un legado de derecho de habitación sobre una vivienda habitual que es ganancial, posibilidad que se puede inferir del art. 822.4 del CC, es el art. 1380 del CC, que justamente regula la figura particular del legado de cosa ganancial, y no el art. 864 del CC, referente al legado en parte propia y en parte ajena, el precepto aplicable para entender si el mismo surtirá o no todos sus efectos. Es simple, el art. 864 del CC fue concebido para aplicarse cuando el testador tuviera una parte pro-indivisa en la cosa objeto del legado, lo que le confería autoridad para disponer individualmente de ella. Mientras, el art. 1380 del CC solo funciona si el bien legado le pertenece a la comunidad conyugal, lo que significa que el cónyuge premuerto no tiene una parte específica en cada uno de los bienes que integran el patrimonio común, sino únicamente una participación general en este como comunero. Razón por la que no tiene autoridad exclusiva para disponer de la vivienda habitual y ganancial. En definitiva, mientras en el supuesto del art. 864 del CC la titularidad del

parte indivisa restante de la vivienda, para posteriormente proceder a consentir el gravamen de este derecho real limitativo de dominio que se extenderá a toda la casa, o bien el derecho de habitación, directamente a nombre del beneficiario, ya que se trata de un derecho intransmisible, es decir, que no se puede adquirir para después transmitírselo al habitacionista discapacitado. Segunda alternativa que ocasionará que a cada uno de los proindivisarios le pertenezca una parte indivisa de una vivienda sujeta al gravamen del derecho de habitación especial.

Por nuestra parte, discrepamos de aquellos que sostienen que no es necesario que el constituyente tenga poder de disposición sobre la vivienda habitual para constituir respecto a la misma un derecho de habitación a favor de un legitimario con discapacidad. Un legado de derecho de habitación especial sobre una vivienda ajena al testador, sin duda, no fue uno de los supuestos a los que el legislador pretendía favorecer con las ventajas de esta figura jurídica. El texto del art. 822.1 del CC expresamente requiere que el disponente sea «titular» de la vivienda habitual para poder imponer sobre esta un derecho de habitación excepcional. Tal expresión sugiere que la finalidad legislativa era que si el constituyente decidía disponer por testamento del derecho de habitación del art. 822 del CC, lo hiciera, únicamente, a través de la tipología de legado denominada real o con efecto real y que en Derecho romano se conocía como *per vindicationem*.

Dicha categoría de legado es la que permite que el legatario adquiera directamente del causante la cosa o derecho específico que este le legó. Significa que como la cosa o derecho determinado es parte del patrimonio del disponente, su disposición respecto al mismo contará con la debida eficacia para poder transmitírselo al legatario. Por ello, conforme al art. 882 del CC, el legatario adquirirá la propiedad de la cosa o derecho legado, sin intervención del heredero, a la muerte del testador, es decir, al producirse la delación. De ahí que este tenga la facultad de reivindicar la cosa o derecho legado de cualquiera que lo tuviera en su poder, es decir, puede instar una acción reivindicatoria para exigir la entrega de lo que se le legó. Por lo que, el heredero solo deberá cumplir con la obligación de entregar la posesión de la cosa objeto del legado.<sup>1335</sup>

---

testador respecto al derecho o la cosa legada se sabe desde la apertura de la sucesión, para el caso del art. 1380 del CC será necesario esperar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales para conocer si el bien inmueble sobre el que recae el derecho de habitación especial le será o no atribuido a su lote. Una mayor elaboración sobre nuestro enfoque podrá encontrarse en la parte B de la sección quinta de este capítulo.

<sup>1335</sup> ALBALADEJO, GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 11ª edición, *op. cit.*, págs. 291 – 292; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 239; OSSORIO SERRANO, J. M., «Capítulo 31: Los Legados», *op. cit.*, pág. 556. Véase, también, FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de

Descartamos que la atribución del derecho de habitación especial pueda efectuarse mediante el tipo de legado obligacional, que en Derecho romano se le nombró como *per damnationem*, porque a través de este el testador establece a favor del legatario un derecho que quedará a cargo del gravado. Como se trata de un derecho que no existía en el patrimonio del difunto, en otras palabras, era de un tercero, su disposición al respecto, por sí misma, carece de eficacia para poder transmitírsele al legatario. Implica que el efecto de esta clase de legado está subordinado no solo a que el heredero cumpla con la obligación de transmitir la cosa, sino también con la de entregarla. A la muerte del causante, el legatario no adquiere la cosa o derecho objeto del legado, sino únicamente un derecho de crédito con respecto al heredero, que le viabiliza para exigirle al gravado que realice en su beneficio la prestación dispuesta por el testador. Pudiendo ejercitar para ello una acción personal, específicamente la *actio ex testamento*. De manera que la efectiva adquisición del derecho por el legatario solo se materializa cuando el heredero le hace entrega del mismo.<sup>1336</sup>

Como el legado de cosa ajena es un ejemplo de legado obligacional o *per damnationem*<sup>1337</sup>, no se puede recurrir a dicha figura jurídica para ordenar por testamento el derecho de habitación del art. 822 del CC. Con la elaboración de esta institución jurídica, el legislador tenía el propósito de que el legitimario con discapacidad adquiriera directamente del disponente, en el mismo instante de su deceso, el específico derecho limitativo de dominio que este constituyó a su favor sobre la vivienda habitual. Más concretamente, se pretendía resolver el problema de alojamiento del heredero forzoso discapacitado, permitiéndole continuar residiendo en el hogar familiar, aun después del óbito del causante. De ahí el énfasis de la norma, en cuanto a que para constituir una donación o legado de un derecho de habitación se debe tener titularidad sobre la vivienda habitual, y no cualquiera, sino aquella que facilite que se satisfaga, de forma inmediata y duradera, la necesidad de

---

Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 62.

<sup>1336</sup> ALBALADEJO, GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 11ª edición, *op. cit.*, págs. 291, 305 y 308; EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., «Artículo 861 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo V, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6333 – 6334; OSSORIO SERRANO, J. M., «Capítulo 31: Los Legados», *op. cit.*, pág. 556; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 239. Véase, además, FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 62.

<sup>1337</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., «Artículo 861 del CC», *op. cit.*, pág. 6333; LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 239; OSSORIO SERRANO, J. M., «Capítulo 31: Los Legados», *op. cit.*, pág. 556.

residencia del legitimario discapacitado. En otras palabras, que el derecho sobre la vivienda familiar debe existir en el caudal hereditario del difunto.

A nuestro modo de ver, la intención del legislador no era supeditar los efectos de la aplicación del art. 822 del CC, además de a los requisitos exigidos por esta norma, a que el heredero o legatario cumpliera con la dual obligación de hacer, que le impone el testador al disponer un legado de derecho de habitación sobre una vivienda que le resulta ajena. Ya que ello implicaría que la eficacia de esta atribución dependería de que, por un lado, el gravado adquiriera del efectivo propietario el derecho objeto del legado y, por otro lado, que le hiciera entrega del mismo al legitimario discapacitado. Más aún, si el derecho legado perteneciese, total o parcialmente, al heredero o legatario, analizándose conjuntamente los arts. 863 y 864 del CC, el gravado tendría la facultad de elegir, a su entera discreción, satisfacer el legado del derecho de habitación mediante el abono de su justa estimación, en vez de proveer su cumplimiento específico, o que esta forma de pago, según se permite en el art. 861 del CC, sea la consecuencia de que se le hubiera hecho imposible adquirir la cosa del tercero.

Evidentemente, esta posibilidad no guarda correspondencia con la finalidad del art. 822 del CC, que pretende impedir que el legitimario con discapacidad tenga que abandonar la vivienda familiar en la que ha venido habitando, por causa de la muerte del causante. De una parte, podría transcurrir mucho tiempo hasta que el gravado cumpla la obligación impuesta por el testador. Aun, incluso, en el supuesto del art. 863 del CC, en el que se establece que «al aceptar la sucesión»<sup>1338</sup>, el heredero o legatario tendrá que entregar la cosa de su propiedad que fue objeto del legado. Puesto que se ha entendido que esta expresión no necesariamente implica que ante ese preciso evento se deberá hacer entrega del derecho, sino que la aceptación es el acto que generará que el heredero o el legatario queden obligados a cumplir.<sup>1339</sup> Significa que durante ese período previo al cumplimiento de la obligación, el legitimario discapacitado no podrá satisfacer su necesidad de alojamiento con la vivienda habitual.<sup>1340</sup> A esto se añade que del gravado no poder, según el art. 861 del CC, o no querer, conforme a los arts. 863 y 864 del CC, cumplir *in natura* con la disposición del causante, el legitimario discapacitado tendría que conformarse con la justa estimación del derecho de habitación especial. De manera que, no es solo que el derecho de habitación especial no

---

<sup>1338</sup> Se debe entender que se refiere a la aceptación de la herencia por el heredero, porque en el caso del legatario la misma surge automáticamente respecto al legado, una vez se da la apertura de la sucesión.

<sup>1339</sup> ALBALADEJO, GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 11ª edición, *op. cit.*, pág. 318.

<sup>1340</sup> Ello partiendo del supuesto de que como consecuencia de la muerte del causante se hubiera obligado al legitimario discapacitado a abandonar la vivienda. Lo que podría ser una situación usual, considerando que se trata de un legado de derecho de habitación especial que se hace recaer sobre una vivienda ajena al testador.



puede constituirse como un legado de cosa o derecho ajeno, sino que si el disponente lo hiciera, al beneficiario no le serían aplicables las ventajas del art. 822 del CC.

Por último, quisiéramos apuntar que coincidimos con el criterio de cierto autor<sup>1341</sup> que plantea que el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC, también, puede cualificar como potencial disponente del derecho de habitación del art. 822 del CC. No obstante, como resultado del análisis combinado de los arts. 831 y 822 del CC, se estima que los únicos beneficiarios de esta atribución del derecho de habitación especial serían los hijos o descendientes legitimarios con discapacidad, que al momento de la muerte del causante se encontraban conviviendo con él en la vivienda habitual, por ser este grupo parental, precisamente, el límite de la fiducia sucesoria.

Aclarando más su posición, este estudioso señala que es posible que el cónyuge fiduciario no solo favorezca con un derecho de habitación sobre la vivienda familiar al descendiente que tenga en común con el consorte fallecido, sino, además, a aquel que aunque no lo sea, tenga necesidad de alojamiento. Perspectiva que asume aun sabiendo que en el texto del art. 831.1 del CC y en la Parte VII (d) de la Exposición de Motivos de la LPPPD se dispone que el cónyuge viudo fiduciario solo puede ejercitar su facultad de hacer mejoras y de adjudicar y atribuir bienes concretos, es decir, de distribuir la herencia del cónyuge premuerto, entre sus hijos o descendientes comunes. De ahí que disintamos de su parecer en este aspecto, porque, como él mismo reconoce, la norma del art. 831 del CC, igual que la del 822 del CC, al ser de carácter excepcional, debe interpretarse restrictivamente. Siendo así, producto del estudio integral de los arts. 822 y 831 del CC, la facultad del cónyuge supérstite fiduciario para adjudicar un derecho de habitación especial debe tener como exclusivos beneficiarios a los hijos o descendientes, legitimarios y discapacitados, que este haya tenido en común con el fenecido consorte.

Esta posibilidad de que el cónyuge fiduciario pueda establecer un derecho de habitación especial, como parte de la facultad de adjudicar y atribuir que le concede el art. 831 del CC, se fundamenta en el espíritu de la LPPPD, que busca satisfacer, en general, las necesidades vitales de las personas discapacitadas, por medio de la regulación de la herramienta del patrimonio protegido y de la modificación de ciertas instituciones jurídicas incluidas en diversos estatutos. En el caso del art. 831 del CC, su reforma, según se percibe de la Parte VII (d) de la Exposición de Motivos de la LPPPD, iba dirigida a proporcionarle mecanismos a los progenitores para que, a través de la figura del cónyuge fiduciario, la

---

<sup>1341</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, op. cit., págs. 470, 472 y 473.

organización del patrimonio familiar y la eventual sucesión se pudiera realizar de manera armonizada. Dos objetivos principales e indirectos estaban detrás de esta modificación. Primero, postergar la distribución de los bienes para ver cómo y de qué manera evoluciona la capacidad de obrar de la persona con discapacidad. Segundo, que a favor de este grupo más vulnerable, en comparación con otros hermanos que, por su inteligencia y capacidad de socialización, pueden desenvolverse mejor en la sociedad, se pudieran efectuar mejoras, adjudicaciones y atribuciones que les resultaran beneficiosas para su diario vivir.

Lo señalado encaja, perfectamente, con el también régimen excepcional del art. 822 del CC, que se justifica, precisamente, en beneficiar con la vivienda habitual exclusivamente al habitacionista discapacitado y que no descarta, expresamente, al cónyuge delegado del art. 831 del CC como un posible constituyente del derecho de habitación excepcional. Siendo esta circunstancia, incluso, más beneficiosa aún, si cabe, en el caso de que la vivienda objeto del derecho de habitación especial sea ganancial, ya que en la parte final del apartado primero del art. 831 del CC se le autoriza al cónyuge fiduciario a liquidar parcialmente los bienes gananciales, resultando ello, por ejemplo, en que se ordene que la vivienda habitual se haga formar parte del caudal relicto del cónyuge premuerto.<sup>1342</sup> En definitiva, con la delegación de las facultades del art. 831 del CC, el testador le confiere al cónyuge viudo la potestad de efectuar todas aquellas cosas que, por virtud de la ley, él mismo pudo haber hecho, como, por ejemplo, instituir un derecho de habitación excepcional, pero que prefirió que este las hiciera.

Significa que como el cónyuge fiduciario, por causa del art. 831 del CC, actúa facultado por su consorte premuerto, este tiene el deber de que, al realizar las atribuciones y adjudicaciones de los bienes, se cumpla con la voluntad del testador de que se respete el derecho del hijo o descendiente legitimario, común y con discapacidad, a continuar residiendo, conforme el art. 822 del CC, en la vivienda habitual del causante. Es su responsabilidad asegurarse de que al descendiente legitimario discapacitado, que lo necesite y que hubiera estado conviviendo con el testador al momento de su muerte, se le atribuya un derecho de habitación sobre la vivienda familiar. Como muy bien se ha sostenido<sup>1343</sup>, el cónyuge delegado del art. 831 del CC no tiene la potestad de excluir expresamente la aplicación del supuesto del art. 822 del CC. Esta alternativa es exclusiva del causante, bajo

---

<sup>1342</sup> SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de Fiducia Sucesoria del Artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 274; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 475.

<sup>1343</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 473 y 487.

la modalidad de «legado legal» del derecho de habitación, según se dispone en el art. 822.2 del CC. Es sencillo, bajo este supuesto la intención es beneficiar al discapacitado, ante la ausencia de manifestación del causante sobre el particular, restándole a este la posibilidad de oponerse expresamente a ello. Si no se opuso, al cónyuge delegado del art. 831 del CC solo le queda obedecer la norma contenida en el art. 822 del CC.

No obstante, a nuestro parecer correctamente, se ha estimado<sup>1344</sup> que dentro de las potestades que el art. 831 del CC le concede al cónyuge viudo fiduciario se encuentra la que tiene el causante a través del art. 822.2 del CC. Nos referimos a la ocasión de disponer una cosa contraria al derecho de habitación especial que sirva para solventar el problema de vivienda del legitimario discapacitado. Más específicamente, el cónyuge delegado del art. 831 del CC puede optar por beneficiar al hijo o descendiente legitimario, común y discapacitado, con otra atribución que no sea el derecho de habitación sobre la vivienda habitual. Siempre que de esta forma queden bien cubiertas las necesidades que se pretendían satisfacer mediante la aplicación del art. 822 del CC. Este proceder es perfectamente factible porque tiene que ver, igualmente, con adjudicaciones, que es una de las facultades que tiene el cónyuge supérstite fiduciario, por virtud del art. 831 del CC. Aunque, claramente, la consecuencia de este acto será que al beneficiario no le serán aplicables los ventajosos efectos del art. 822 del CC.

## 2. Beneficiarios

El texto del art. 822 del CC no especifica qué personas serán favorecidas con la ordenación del derecho de habitación especial. Aunque, sí se mencionan dos cualidades que deben tener esos individuos para considerarlos como posibles beneficiarios de la aplicación de dicha institución jurídica. La primera de ellas es que deberán ser personas con discapacidad.

Según el art. 13 de la LPPPD, por el que se incluyó una disposición adicional cuarta en el CC, este concepto, al que se alude en los arts. 756, 822 y 1041 del CC, debe entenderse conforme a la definición que se le adscribe en el art. 2.2 (a) y (b) del mencionado estatuto.<sup>1345</sup> Precepto en el que claramente se establece que para que un individuo pueda considerarse como discapacitado, deberá tener una deficiencia física o sensorial, de 65% o más, o síquica, igual o mayor al 33%. De ahí que al cumplirse cualquiera de estos dos supuestos, la persona

---

<sup>1344</sup> RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, op. cit., pág. 473.

<sup>1345</sup> *Supra.*, Art. 13, pág. 40860.

entra a formar parte de la categoría de discapacitada y, por ende, podrá ser una potencial beneficiaria de la atribución voluntaria o «legal» del derecho de habitación del art. 822 del CC, siempre que el grado y el tipo de discapacidad aplicable se hubiera acreditado<sup>1346</sup>, según el art. 2.3 de la LPPPD<sup>1347</sup>, mediante un certificado administrativo expedido, conforme a lo establecido por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía<sup>1348</sup>, en sus arts. 6 y 7, por el organismo autonómico correspondiente o las Direcciones Provinciales del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, en Ceuta o Melilla, y, en todo caso, a través de una resolución judicial firme que, por ejemplo, dictará el juez de la jurisdicción social, como consecuencia de haberse recurrido, conforme lo permite el art. 12 del Real Decreto 1971/1999, una declaración administrativa o la negativa de la Administración competente para conceder el certificado de discapacidad.<sup>1349</sup>

---

<sup>1346</sup> En el art. 2.2 (a) y (b) de la LPPPD no se previó que se pudiera considerar como discapacitada a una persona que aunque no cumple de forma independiente con alguno de los dos porcentajes de discapacidad definidos, sí lo hace cuando se suman el grado de sus discapacidades físicas con las síquicas. Bajo este supuesto, DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 27, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 866, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 304, entiende que esta persona tendría la condición de discapacitada y que, por tanto, debería beneficiarse de los efectos, en general, de la LPPPD y, en particular, de la aplicación del derecho de habitación especial del art. 822 del CC. Parecer que apoya en las siguientes dos consideraciones: (1) en el principio de protección de las personas con discapacidad y (2) en el hecho irrefutable de que es real el grado de discapacidad que se obtiene mediante esta forma de computación. Véase, además, DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., «Capítulo III: El Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad. La Ley 41/2003 de 18 de noviembre», *op. cit.*, pág. 105. Por otra parte, comentar que, sin embargo, en la SAP de Guipúzcoa, núm. 202, de 24 de junio de 2010, Sección 2<sup>a</sup>, (JUR 2014/175832), se determinó que un hijo discapacitado era beneficiario del derecho de habitación especial del art. 822 del CC, a pesar de que en la certificación administrativa se incluyó el grado, pero no el tipo de discapacidad. El tribunal entendió que la discapacidad había quedado acreditada y que la constancia del tipo de discapacidad no podía ser determinante para que se evitaran los efectos del art. 822 del CC. Que no se podía perjudicar a una persona objeto de protección jurídica por un error u omisión subsanable de la Administración. Claro está, hay que advertir que los hechos de este caso ocurrieron cuando el Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, había sido modificado por el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2004, que incluyó una disposición adicional única para establecer que en los certificados y resoluciones sobre el grado de discapacidad, el tipo, en lo referente a las categorías síquica, física y sensorial, sería un elemento meramente complementario. Carácter complementario que se eliminó con otra modificación que se efectuó a través del Real Decreto 1364, de 27 de septiembre de 2012, BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2012, en la que se dispuso, en el apartado primero de la Disposición Adicional Primera, que el organismo competente certificaría el tipo de deficiencia que determine el grado de discapacidad reconocida, a petición de parte interesada o de su representante y de acuerdo a la información que conste en el expediente.

<sup>1347</sup> *Supra.*, Art. 2.2 (a) y (b) y 2.3, pág. 40856.

<sup>1348</sup> BOE núm. 22 de 26 de enero de 2000, corrección de errores en el BOE núm. 62 de 13 de marzo de 2000, modificado, entre otros, por el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, a los efectos de sustituir toda referencia a la palabra «minusvalía», inclusive en su título, por el término «discapacidad», todo ello en coherencia con la Disposición Adicional octava de la Ley 39/2006 del 14 de diciembre, *supra.*, y la nueva CIF-2001 de la OMS.

<sup>1349</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La Sustitución Fideicomisaria sobre la Legítima Estricta en Presencia de Incapacitados*, *op. cit.*, pág. 57 y nota 158; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas*

No se precisa que en la persona concurra alguna de las causas de incapacitación previstas en el art. 200 del CC, ni mucho menos que judicialmente se hubiera declarado su incapacitación. Asunto significativo porque no solo contribuye a que se amplíe el ámbito subjetivo de los individuos que potencialmente podrían favorecerse con la figura jurídica del art. 822 del CC, sino que, además, impide que el causante se vea compelido a tener que instar el socialmente rehusado trámite judicial de incapacitación.<sup>1350</sup>

No obstante, surge la interrogante de si el derecho de habitación especial puede imponerse a favor de una persona incapacitada judicialmente. Más aún, si para ello será suficiente la sentencia judicial de incapacitación o, además, deberá cumplirse con obtener una certificación administrativa en la que se acredite el grado de discapacidad. Sobre este particular, no hay acuerdo en la doctrina.

En términos generales, la mayoría de la doctrina<sup>1351</sup> entiende que una persona que ha sido judicialmente incapacitada, por consecuencia, es discapacitada, razonamiento que necesariamente no se da a la inversa. Bajo esta misma lógica, consideran, perspectiva con la que estamos enteramente de acuerdo, que las medidas de protección patrimonial que en la

---

*con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, op. cit., pág. 92 y nota 55; DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., «Capítulo III: El Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad. La Ley 41/2003 de 18 de noviembre», op. cit., págs. 103 – 106. Véase, además, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», op. cit., págs. 2938 – 2940, 2943, añadiendo como opción que en un proceso de incapacitación se puede acreditar la discapacidad, es decir, que en una sentencia de incapacitación se puede fijar también el grado de discapacidad sensorial, física o síquica. Ello sobre la base de los peritos adscritos al Tribunal y sin la necesidad de tener que remitirse al proceso administrativo.

<sup>1350</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», op. cit., págs. 184 – 185; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», op. cit., pág. 19; DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», op. cit., pág. 12 y nota 47, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», op. cit., pág. 887 y nota 99, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», op. cit., pág. 282 y nota 48. Véase, además, COBAS COBIELLA, M. E., «Hacia un Nuevo Enfoque de las Legítimas», op. cit., pág. 57; NOGUERA NEBOT, T., «El Legado de Derecho de Habitación Regulado en el Artículo 822 del Código Civil», op. cit., pág. 476, «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», op. cit., pág. 6; FUENTESECA DEGENEFFE, C., «Aspectos Sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», op. cit., pág. 1757.

<sup>1351</sup> BOTELLO HERMOSA, P. I., *La Sustitución Fideicomisaria Especial Introducida por la Ley 41/2003...*, op. cit., págs. 44 – 49; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, op. cit., págs. 48, nota 22, 54 – 55 y 509, «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», op. cit., pág. 112; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», op. cit., págs. 855 – 856, nota 9; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», op. cit., pág. 2; DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., «Capítulo III: El Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad. La Ley 41/2003 de 18 de noviembre», op. cit., págs. 99, 101 – 102 y 106. Véase, además, MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», op. cit., pág. 2547.

LPPPD solo se le confieren a las personas discapacitadas, deben resultarles también aplicables a aquellas que estén incapacitadas. Esta propuesta de equiparación de la persona incapacitada a la discapacitada la justifican en diversas consideraciones. Primero, que ambos conceptos ya han sido equiparados en el art. 53 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de Modificación Parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de No Residentes y sobre el Patrimonio.<sup>1352</sup> Segundo, los respectivos porcentajes de discapacidad física o sensorial y síquica que requiere el art. 2.2 (a) y (b) de la LPPPD para que una persona pueda considerarse como discapacitada, serán cumplidos, igualmente, si esta fue declarada judicialmente incapacitada.

Tercero, sería un despropósito que, por ejemplo, en el supuesto objeto de estudio, los incapacitados no pudieran descontar del cálculo de la legítima la asignación voluntaria o «legal» del derecho de habitación especial y hasta incluso beneficiarse del gravamen que el mismo podría suponer para la legítima de los que no tengan ese estado civil ni estén en la categoría de persona discapacitada, en caso de que la vivienda habitual sobre la que recae fuera el único o esencial bien del patrimonio hereditario del causante.<sup>1353</sup> Cuarto, la deficiente regulación de la LPPPD es lo que propició que no se equiparara a las personas incapacitadas judicialmente con las discapacitadas, a los efectos de que les fueran aplicables todos los beneficios que brinda este estatuto. Quinto, la expresión general que se utiliza en el art. 2.3 de la LPPPD al indicar que una de las formas de certificar la discapacidad es mediante una resolución judicial firme, podría llevar a pensar que no solo se trata de la sentencia emitida por el orden jurisdiccional social, única vía judicial que para este fin se permite a través del art. 12 del Real Decreto 1971/1999, sino también como resultado de la declaración de incapacidad que se dictamine por la jurisdicción civil.

Más específicamente, cierto autor opina que un incapacitado judicial también será beneficiario del derecho de habitación del art. 822 del CC, incluso, a pesar de que no se hubiese determinado su grado de discapacidad en la sentencia de incapacitación. Afirmación que fundamenta en que «la legislación fiscal establece que la incapacitación judicial con causa psíquica queda equiparada a una graduación del 65% de discapacidad e igualmente [lo] deduce [de] lo expuesto en el Real Decreto [1971/1999] creador de los organismos autonómicos de evaluación de [discapacidades]».<sup>1354</sup> A lo que expresamente se añade que en

---

<sup>1352</sup> BOE núm. 285, 29 de noviembre de 2006, última modificación el 4 de julio de 2018.

<sup>1353</sup> Tema que discutiremos más en detalle en la sexta sección de este capítulo.

<sup>1354</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 209 – 210.

la cualidad de persona con discapacidad debe caber «el supuesto del discapacitado (con declaración administrativa) capaz, del discapacitado naturalmente incapaz y del discapacitado declarado judicialmente incapaz».<sup>1355</sup>

En contra de este enfoque, se ha sostenido que la única manera en que una persona incapacitada judicialmente puede favorecerse del derecho de habitación especial es si cuenta, además, con una declaración de carácter administrativo, en la que se certifique el grado de discapacidad que padece.<sup>1356</sup> Incluso, se ha llegado hasta plantear que la loable intención de viabilizar el disfrute de la vivienda habitual del causante a través de la institución jurídica del derecho de habitación del art. 822 del CC, se haría inviable si se entendiera que su potencial beneficiario puede ser un discapacitado que, a su vez, haya sido declarado incapaz o que naturalmente no sea capaz de autogobernarse.<sup>1357</sup> En cuanto a este último argumento, se puede argüir que aunque la persona no pueda gobernarse por sí mismo, ello no es obstáculo para que pueda disfrutar de la vivienda acompañado de los familiares o cuidadores que se ocupan de él.

Nosotros somos partidarios de que la frase «persona con discapacidad», para efectos de la aplicación de las medidas patrimoniales que se posibilitan a través de la LPPPD y que, evidentemente, incluye la concesión del derecho de habitación sobre la vivienda habitual del causante, engloba cualquiera de los siguientes tres supuestos de hechos: (1) un discapacitado certificado como tal por el órgano administrativo correspondiente; o (2) un discapacitado acreditado así por una declaración de carácter administrativa, que, además, haya sido incapacitado judicialmente o que aunque no hubiera obtenido una sentencia judicial a tales efectos, manifieste alguna enfermedad o deficiencia física o síquica que le impida gobernarse por sí mismo; o (3) aquel que como resultado de un procedimiento de incapacitación instado en la jurisdicción civil hubiese obtenido un pronunciamiento judicial declarando su

---

<sup>1355</sup> SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 496 – 497.

<sup>1356</sup> DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 369 – 370 y nota 18; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Aspectos Controvertidos del Legado de Habitación Previsto por el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 155 y nota 18. Véase, además, SAP de Vizcaya, núm. 799, de 15 de noviembre de 2011, Sección 4ª, (JUR 2012/171718), caso en el que se le reconoció la atribución «legal» del derecho de habitación del art. 822 del CC a un hijo que no solo había sido incapacitado judicialmente y sometido a curatela, sino que además su nivel de discapacidad había sido calculado en 54%, por la Diputación Foral de Bizkaia. Ello, a pesar de que equivocadamente el Juez acudió a la definición de discapacidad del art. 1 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011, última modificación el 31 de octubre de 2015, en vez de a la del art. 2.2 (a) y (b) de la LPPPD, que se hizo formar parte del CC en su Disposición Adicional Cuarta.

<sup>1357</sup> RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 19.

incapacidad, haya sido, a su vez, o no, certificado administrativamente como un discapacitado. Apoyamos la inclusión del incapacitado judicial dentro de la expresión «persona con discapacidad» y, por ende, como potencial beneficiario del derecho de habitación del art. 822 del CC porque por lógica deducción un incapacitado siempre cumplirá o excederá los requisitos técnico administrativos para ser considerado como discapacitado. No hay necesidad de que para cualificarlos como tales se dupliquen esfuerzos a nivel gubernamental, máxime cuando la determinación de incapacitación está respaldada por un proceso judicial que provee mayores garantías con relación a las resoluciones administrativas, debido a su naturaleza, sus controles y a los sujetos que participan en el mismo.

Con esta perspectiva se alcanza uno de los propósitos de la LPPPD de proveer, en términos generales, mayores ventajas sucesorias a las personas que son más vulnerables por su condición de discapacidad y, particularmente, a aquellas que tienen el estado civil de incapaces. Al causante le da lo mismo si su pariente cercano está incapacitado judicialmente o está bajo la categoría de discapacitado, por virtud de una certificación administrativa. Su interés es tener la certeza de que esta persona vulnerable, a partir de su muerte, continuará disfrutando de su vivienda habitual hasta el día de su óbito. Este enfoque no tiene como consecuencia una mayor afectación de los derechos legitimarios de los no discapacitados. El incapacitado judicial viene a ser una persona con discapacidad. Por lo mismo, la vulneración cuantitativa de la cuota legitimaria de los no discapacitados no variará, es decir, continuará siendo la no computación del valor del derecho de habitación en el cálculo de las legítimas. En cuanto a la vulneración cualitativa de la porción legal de estos, la misma nunca será objeto de gravamen como primera opción, si existen otros bienes en la herencia del causante. En otras palabras, seguirá gravándose, según se discutirá en la sección 6B de este escrito, cuando la vivienda habitual sea el único o principal bien en el patrimonio hereditario. En definitiva, sería incoherente que siendo el incapacitado en términos prácticos, a su vez, un discapacitado, no se pueda beneficiar de la atribución voluntaria o «legal» del derecho de habitación del art. 822 del CC y de sus consecuentes efectos, por el solo hecho de que además de la sentencia de incapacitación que lo declara como incapaz no se tiene, a pesar de ser una exigencia enteramente redundante y menos confiable que un pronunciamiento judicial, una certificación administrativa que acredite su grado de discapacidad.

Por otra parte, la segunda cualidad que debe reunir una persona para poder ser designada como beneficiaria del derecho de habitación excepcional, es que sea legitimario de



quien lo constituya. Cierta autora<sup>1358</sup> analizó esta característica que exige el art. 822 del CC junto con el contenido del art. 807 del CC, precepto en el que se listan como legitimarios al cónyuge viudo, en cualquier caso, y, en base a un orden de prelación en el que los más próximos en grados excluyen a los más remotos, los hijos o descendientes y, a falta de estos, los padres o ascendientes. Producto de este análisis combinado, concluyó que el habitacionista será cualquiera de los legitimarios que se enumeran en el art. 807 del CC, sin darle mayor importancia al orden en que se les reconoce como tales. Es su criterio que la preferencia que en este artículo se le concede a un legitimario respecto a otro tiene que ver con el ámbito de las legítimas, pero que la misma no debe hacerse extensiva a otros órdenes en los que también interceden los legitimarios. En otras palabras, en lo que se refiere a la atribución del derecho de habitación excepcional no habrá obligación alguna de favorecer a un legitimario frente a otro.

A pesar de que esta interpretación, sin duda, hubiera sido mejor a los efectos de lograr una efectiva y mayor protección del discapacitado, que es la finalidad de la LPPPD donde, precisamente, se insertó este nuevo texto del art. 822 del CC, al considerar que es común que ascendientes mayores con discapacidad convivan con sus descendientes, es nuestro parecer que jurídicamente es inviable porque solo se puede ser un efectivo legitimario si se tiene derecho a la porción legal. A esto se añade que la ubicación del art. 822 del CC, en el Libro III, Título III, Sección V: De las legítimas, sugiere que a su contexto le será aplicable el orden de prelación que se establece en el art. 807 del CC para tener derecho a la legítima y, por ende, considerarse como herederos forzosos. De ahí que tengamos que estar de acuerdo con la perspectiva de la mayoría de la doctrina<sup>1359</sup> que, en sentido contrario, destacan que no se trata solo de una cuestión de parentesco con el causante, es decir, de ser su hijo o

---

<sup>1358</sup> MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, págs. 2545 – 2546 y 2555.

<sup>1359</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 866 – 867 y nota 42, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 304, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 27; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1488; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, 2008, págs. 491 y 496, «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, págs. 118 - 119; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 20; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822», *op. cit.*, págs. 6095 - 6096, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 4018; FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 57 – 58; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», *op. cit.*, pág. 2940; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 9 y nota 9.

descendiente, su ascendiente o su cónyuge, sino que para ser beneficiario del derecho de habitación especial se debe ser, además y sobre todo, legitimario, lo que, en otras palabras, significa tener un efectivo derecho a la legítima. En ese sentido, cualquiera de ellos, siempre que sea heredero forzoso, podría ser favorecido con el derecho de habitación especial, aunque en la práctica, y evidentemente en el ámbito de su constitución voluntaria, el supuesto más frecuente será el del descendiente legitimario, cuyos ascendientes tienen la preocupación de asegurarse de que su hijo discapacitado cuente con un lugar para vivir cuando ellos ya no estén vivos.<sup>1360</sup> Aunque podría tratarse también del cónyuge discapacitado, cuando el hogar familiar es propiedad del disponente.

Significa que no podrá disfrutar del beneficio del derecho de habitación un nieto que no es legitimario del causante porque su progenitor aún vive y no fue desheredado ni declarado indigno, y ello a pesar de que cumpla con el requisito de ser discapacitado. El ascendiente discapacitado tampoco podrá beneficiarse de la constitución de esta institución jurídica especial, si el causante tenía descendientes al momento de su muerte.<sup>1361</sup> La razón es sencilla y evidente, los ascendientes no tienen la condición de legitimarios cuando hay descendientes. Indudablemente, el legislador, con justa razón, quería justificar los efectos que el derecho de habitación especial tendrá en la legítima de los no discapacitados, tanto en su aspecto cuantitativo como cualitativo, como se desvelará de la sección sexta de este capítulo, en el beneficio que obtiene una persona que además de ser discapacitada tenga la cualidad de legitimaria y no una simple relación de parentesco con el causante.

---

<sup>1360</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 209, lo entiende así porque es raro que se de la circunstancia de que un ascendiente no solo sobreviva a su descendiente, sino que además este no haya dejado descendencia, único supuesto en el que podría ser legitimario y, por tanto, beneficiario del derecho de habitación especial. Aclarando, a su vez, que en cuanto al cónyuge viudo, lo normal es que los esposos se dejen entre sí el usufructo universal de la herencia, con su correspondiente cautela *socini*, o, por lo menos, el usufructo de la vivienda habitual en la que ambos cohabitan. Véase, además, NOGUERA NEBOT, T., «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 7; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», *op. cit.*, pág. 2940; LÓPEZ NAVARRO, J., «Mecanismos Sucesorios de Protección del Discapacitado», en *Jornadas sobre la Nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados*, Celebradas en Valencia los días 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004, (coord.) M. A. Rueda Pérez, Ed. Colegio Notarial de Valencia, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Valencia, 2005, pág. 65; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, págs. 20 – 21; DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 370.

<sup>1361</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1488; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, 2008, págs. 491 - 492, «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, pág. 119. Véase, además, FUENTESECA DEGENEFTE, C., «Aspectos Sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», *op. cit.*, pág. 1756.

Algún estudioso<sup>1362</sup> ha cuestionado lo señalado, concretamente, en lo que respecta a la situación del ascendiente discapacitado no legitimario. Es su parecer que el legislador incumplió con una de las finalidades de la LPPPD cuando decidió excluir a los ascendientes discapacitados del disfrute del derecho de habitación, si el causante dejó hijos o descendientes. En específico, en lo que tiene que ver con la protección de las personas que padecen de algunas de las nuevas formas de discapacidad que se incluyen en la Parte I, párrafo segundo, de la Exposición de Motivos, tal como la enfermedad del «Alzheimer». Le resulta, además, paradójico que el ascendiente discapacitado tenga el beneficio del derecho de habitación sobre la vivienda, que hubiera sido atribuida al cónyuge viudo por disposición testamentario o por virtud del derecho de atribución preferente de los bienes gananciales que se consagra en el apartado cuarto del art. 1406 del CC, cuando al ser legitimario, porque no hay descendientes del fallecido, está más protegido porque puede adquirir, conforme al art. 809 del CC, entre la mitad o una tercera parte de los bienes hereditarios del causante. Y, en cambio, cuando no poseen la cualidad de legitimarios, que es en la circunstancia que más necesitarían de protección y ayuda económica, ni tienen derecho a percibir la legítima ni tampoco a disfrutar del derecho de habitación que recae sobre la casa en la que residió con su descendiente hasta que este falleció. En todo caso, puntualizar que en cuanto a los ascendientes ancianos, discapacitados y no legitimarios, el causante le podría dejar en su testamento un derecho de habitación, aunque no sea el del art. 822 del CC, por poco valor, en razón de su expectativa de vida.

De haber más de un legitimario con discapacidad, el disponente, que, como hemos establecido previamente, incluye también al cónyuge viudo fiduciario del art. 831 del CC, tiene la libertad de favorecer con el derecho de habitación especial a cualquiera de ellos. Hasta puede muy bien, incluso, optar por designar a varios de ellos, o a todos, como cotitulares de tal derecho. Determinación que, en definitiva, dependerá del tipo de condición de discapacidad, física o sensorial o síquica, que tenga, respectivamente, cada uno de los potenciales beneficiarios.<sup>1363</sup> El texto del art. 822 del CC ni se lo impide, ni mucho menos le

---

<sup>1362</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, pág. 6096, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, págs. 4018 - 4019.

<sup>1363</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 866, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 304, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 27; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 21; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, 2008, pág. 494; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 474; NOGUERA NEBOT, T., «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a

impone expresamente la carga de tener que nombrar solo a uno de los legitimarios discapacitados como beneficiarios de este derecho de habitación excepcional. Todo lo contrario. El contenido de este precepto sugiere que la aplicación de esta institución jurídica puede derivar en que el legitimario con discapacidad tenga que convivir con el cónyuge superviviente, por ejemplo, debido a que, conforme al art. 1407 del CC, por causa de que su matrimonio estaba sometido al régimen económico de gananciales, a su favor se constituya un derecho de uso o habitación sobre la vivienda habitual.<sup>1364</sup> Siendo este uno de los supuestos que expresamente se respeta en el párrafo cuarto del art. 822 del CC. Igualmente, no se descarta, sino que más bien se apoya, la posibilidad de que el beneficiario del derecho de habitación especial cohabite con otros herederos forzosos, por motivo de que estos tengan la necesidad de continuar residiendo en la vivienda habitual. Estos dos últimos asuntos se discutirán más en detalle en la quinta sección de este escrito.

Es importante destacar que para poderse favorecer con el derecho de habitación especial, la cualidad de legitimario y la condición de discapacidad deben existir en el momento de la apertura de la sucesión, que es cuando surtirá efectos sucesorios. Con independencia de que en el supuesto de constitución voluntaria, la persona beneficiada fuera o no legitimaria y tuviera o no algún tipo de discapacidad en el instante en que se hizo la donación o se otorgó el testamento. De incumplirse con los requisitos que exige el art. 822 del CC, aunque no se afectará el derecho de habitación atribuido, este deberá regirse por el régimen general y no el especial que se contempla bajo el señalado precepto.<sup>1365</sup>

---

un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 7; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», *op. cit.*, págs. 2940 - 2941. En contra, RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 822 del CC», *op. cit.*, pág. 872, destaca que de haber varios legitimarios discapacitados, **«todos ellos [serán] beneficiarios si reúnen los demás requisitos exigidos, dando lugar a una cotitularidad en el derecho de habitación de los legitimarios, o bien de distintos derechos de habitación simultáneos a favor de los distintos legitimarios»**. (Énfasis suplido).

<sup>1364</sup> O bien porque en su testamento le hubiera dejado a su cónyuge viudo el derecho de habitación compartido con el descendiente discapacitado. Si de acuerdo a la ley ambos pueden coincidir usando la misma vivienda, no debe haber problema alguno en que esa convivencia sea resultado de la disposición del testador, que bien pudo querer proteger tanto a su cónyuge como al discapacitado.

<sup>1365</sup> RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 9; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 21; DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 369; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 865, El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 303, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 26; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 94; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 822 del CC», *op. cit.*, págs. 941 – 942; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1488; RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 822 del CC», *op. cit.*, pág. 870; ÁLVAREZ

Particularmente, en cuanto a la discapacidad, como hemos establecido, debe estar acreditada por una certificación administrativa o haberse obtenido una sentencia judicial de incapacidad en el instante de la muerte del causante titular de la vivienda habitual. Aunque, algún autor<sup>1366</sup> ha comentado que es suficiente que exista «discapacidad de hecho» al momento del deceso del causante, siempre que la posterior declaración administrativa certifique que la misma ya existía cuando se dio la apertura de la sucesión. Perspectiva que no compartimos porque generará una gran incertidumbre jurídica, en la medida en que se permite que en cualquier momento después de la muerte del causante se pueda iniciar el proceso administrativo o judicial para declarar la discapacidad o incapacidad del beneficiado con el derecho de habitación. En otras palabras, la validez del derecho de habitación especial quedaría sujeta a la expectativa de que en algún tiempo en el futuro el legitimario sea declarado discapacitado o incapacitado.

A lo sumo, a nuestro modo de ver, se podría permitir la circunstancia de que previo a la muerte del causante se hubiera iniciado el procedimiento administrativo dirigido a obtener una declaración de discapacidad o instado un proceso judicial de incapacidad, siempre que se obtenga una determinación favorable de discapacidad o incapacitación. Acto significativo porque, por un lado, podría desvelar que el disponente, al haber instado el procedimiento aplicable, tenía el interés de cumplir con uno de los requisitos que exige el art. 822.1 del CC para la efectiva constitución de la donación o legado del derecho de habitación especial. Y, por otro lado, podría llevar a pensar que si el causante comenzó los procedimientos para que se declarara la discapacidad o incapacidad del legitimario, hubiera querido también, de no haber alguna disposición contraria en su testamento, al tratarse del supuesto de una sucesión mixta, que a este se le satisficiera su necesidad de vivienda, a través del mecanismo del «legado legal» del derecho de habitación del art. 822.2 del CC. En definitiva, con este enfoque se evita que el legitimario discapacitado no pueda beneficiarse con el derecho de habitación del art. 822 del CC, a causa de un elemento externo a su control como lo es el tiempo que puede tomar el que finalice un procedimiento administrativo de certificación de discapacidad o un proceso judicial de incapacitación. Sin que ello, es decir, la señalada condición suspensiva, implique una carga mayor para los afectados con la constitución de

---

MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», *op. cit.*, pág. 2942; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», *op. cit.*, pág. 372, «La Legítima en el Código Civil (I)», *op. cit.*, pág. 44.

<sup>1366</sup> PÉREZ HEREZA, J., «Sucesión con Discapacitados: Una Visión Práctica», en *A.S.N.*, Núm. 22, 2011, pág. 64.

este derecho real, puesto que al estar ya iniciado el trámite de este asunto antes del óbito del causante, se reduce el tiempo de espera para su conclusión.

Igualmente, señalar que la designación como habitacionista(s) del, o de los, legitimario discapacitado(s) no solo servirá en su provecho, sino también, de acuerdo al art. 524.2 del CC, en su caso, en el de su familia, refiriéndose tanto a la que existía en el momento en que se constituyó el derecho de habitación como a la que se vaya conformando, por incremento o disminución, a través del tiempo. No se limita a la denominada familia de sangre, pues se hace extensiva, además, a las personas que deben convivir con el habitacionista. En concreto, se trata, por ejemplo, de su cónyuge o pareja de hecho, o de su cuidador o persona que estuviera a su servicio, a pesar de que no tenga ninguna relación de parentesco o familiar respecto al favorecido. Y hasta incluso del perro que le asiste para superar las barreras de su discapacidad.<sup>1367</sup>

No obstante, es necesario puntualizar que para que el derecho de habitación del art. 822 del CC surta toda su eficacia, no bastará con que el favorecido sea un legitimario discapacitado, sino que este, a su vez, deberá satisfacer los siguientes dos requisitos: (1) haber estado conviviendo con el causante en la vivienda habitual de la que este último es titular, y (2) tener la necesidad de usar una vivienda. Procedamos a atender separadamente cada uno de estos requerimientos.

#### **a. Convivencia entre el legitimario discapacitado y el titular de la vivienda habitual**

Los apartados primero y segundo del art. 822 del CC supeditan la atribución voluntaria, ya sea mediante el mecanismo jurídico de la donación o del legado ordinario, o «legal» del derecho de habitación a que el legitimario discapacitado hubiera estado conviviendo en la

---

<sup>1367</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 868 y nota 44 y 48, citando la STS de 5 de marzo de 1924 y la Ley Gallega 5/1996, de 6 de junio, sobre el acceso al entorno de las personas con deficiencia visual, que fuera derogada por la Ley 10/2003, de 26 de diciembre, sobre el acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia, DOG núm. 253, de 31 de diciembre de 2003, BOE núm. 25, de 29 de enero de 2004, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 306 y nota 125, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 28 y nota 123. Véase, además, FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 73 - 74 y notas 91 y 92; RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G., «Determinación del Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 2649, haciendo referencia a la STS de 25 de marzo de 1925; STS núm. 808 de 26 de julio de 2001, Sala Civil, (RJ 2001/8427), aunque relacionado con el derecho de uso, resulta aplicable al de habitación, en cuanto a que aclara que la noción de «familia» a la que se alude en el art. 524 del CC, debe entenderse «como [el] parental o dependiente del usuario, por indiscutible vínculo de parentesco, convivencia o dependencia»; SAP de Barcelona, de 17 de septiembre de 2003, Sección 1ª, (AC 2003/1817), que interpreta el concepto «familia» del art. 524 del CC como aquellas personas que viven o deben vivir con el habitacionista.

vivienda habitual con el titular de la misma. Convivencia que se toma en consideración al tiempo del fallecimiento del causante. Es decir, que debe haberse iniciado antes de la muerte del titular de la vivienda habitual y mantenido hasta el momento del deceso de este. Es indiferente que la convivencia entre estos sujetos existiera al otorgarse la escritura de donación del derecho de habitación o el testamento en el que se incluyó una disposición concediendo el aludido derecho real. Lo medular es que esa convivencia exista en el instante mismo del óbito del disponente, donante o testador, si se trata de una constitución voluntaria del derecho de habitación, o en definitiva del causante, de referirse al supuesto de la atribución legal de dicho derecho real limitativo del dominio. De no ser así, la asignación del derecho de habitación, aunque válida y efectiva, no se beneficiaría de los efectos que se prevén en el art. 822 del CC para la aplicación de su variante especial. Más específicamente, ante el supuesto de que el testador, por ejemplo, le confiriera al legitimario discapacitado un legado de derecho de habitación sobre una vivienda distinta a la que hubiera convivido con este, los coherederos forzosos no discapacitados, en defensa de su derecho legitimario, podrían exigir que el valor de este derecho real se compute para el cálculo de las legítimas. Ello bajo el fundamento de que el disponente no cumplió con el requisito de convivencia que impone el art. 822 del CC respecto a la vivienda que será objeto del derecho de habitación especial.<sup>1368</sup>

La norma, sin embargo, no fija ni mucho menos exige un plazo mínimo previo de convivencia entre el legitimario con discapacidad y el titular de la vivienda habitual, para que pueda ser efectivo este especial derecho de habitación. Tampoco se encarga de aclarar cuáles deben ser las características que tienen que estar presentes en esa convivencia para que pueda entenderse que se cumplió y que, por tanto, es válido y exigible el derecho de habitación que se concedió a favor del legitimario discapacitado. Ha sido la doctrina la que se ha encargado de proponer que a ese término se le adscriba la misma interpretación que se le ha dado en relación con otros preceptos, tales como los arts. 93.2 y 82 del CC, al tomarse en consideración el sentido habitual en que esta expresión suele utilizarse. De ahí que se entienda que hay convivencia cuando existe una vida en común real. En otras palabras,

---

<sup>1368</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 218 - 219; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 24, nota 66; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 822 del CC», *op. cit.*, págs. 941 - 942; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1489. Véase, además, TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», *op. cit.*, pág. 372, «La Legítima en el Código Civil (I)», *op. cit.*, pág. 44; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», *op. cit.*, pág. 2942; DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 370.

cuando entre las partes se ha generado un genuino compromiso de cohabitar y, por ende, de compartir un mismo espacio o lugar, sin que sea importante el tiempo que hubiera durado esa convivencia, siempre que la misma estuviera vigente a la fecha de la muerte del causante.<sup>1369</sup>

Esto no tiene nada que ver con que el legitimario discapacitado viviera ocasionalmente con el titular de la vivienda habitual. Menos aún que este se encontrara internado en una institución especializada en el tipo de discapacidad que padece. Tales supuestos no encajan con la finalidad de la LPPPD de proveer recursos patrimoniales adicionales a aquellas personas que más los necesitan, por encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad, ni con el hecho de que el objeto del derecho de habitación es la vivienda habitual, bien que en las economías medias, que son la mayoría, resulta ser el de más valor.

Más bien, será necesario que el legitimario con discapacidad y el causante hubiesen convivido de forma normal y estable en la vivienda habitual. Estimación que, en cambio, no se altera por el hecho de que al morir el causante, este se encontrara ingresado en un hospital o pasando sus vacaciones en una casa, acompañado o no por el legitimario discapacitado. Ni siquiera por la circunstancia en la que, por motivos formativos o sanitarios, el discapacitado pasara cierta parte del tiempo en un centro. Por lo que, será preciso que la certeza de esa convivencia sea probada mediante cualquiera de los medios de pruebas admitidos en los procesos judiciales, como podrían ser: (1) la evidencia testifical; (2) el documento administrativo que certifique que ambos sujetos están empadronados en la vivienda habitual; (3) la evidencia documental que valide que reciban allí su respectiva correspondencia; (4) los documentos que acrediten que ese es su domicilio para efectos fiscales; (5) la documentación que demuestre que sus pagos están domiciliados; entre otros.<sup>1370</sup>

---

<sup>1369</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 871 y nota 51, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 310 y nota 131, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 31 y nota 129; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 23. Véase, además, RIVERA ÁLVAREZ, J. M<sup>a</sup>, «Una Perspectiva Civil de las Últimas Reformas Planteadas en Materia de Discapacidad», *op. cit.*, págs. 107 – 108; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, pág. 2554; RIERA ÁLVAREZ, J. A., «Protección Sucesoria de las Personas Discapaces», *op. cit.*, págs. 158 – 159; NOGUERA NEBOT, T., «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 7 - 8.

<sup>1370</sup> RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, págs. 23, 24 y notas 61 y 64; NOGUERA NEBOT, T., «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 8. Véase, además, DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 871 y 872, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 310, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 31, aclarando que aunque la norma no lo establece, el requisito de la convivencia no se cumpliría en caso de que el legitimario discapacitado no pudiera disfrutar del derecho de habitación, ni siquiera con algún tipo de asistencia externa. Ante tal realidad, esta autora estima que la



## **b. Necesidad del legitimario discapacitado al uso de una vivienda**

En el segundo párrafo del art. 822 del CC expresamente se dispone que por ministerio de la ley solo se atribuirá el derecho de habitación a favor de aquel legitimario discapacitado que «lo necesite». Contrariamente, este requisito adicional no se exige de forma explícita en el supuesto de la constitución voluntaria del derecho de habitación, expuesto en el art. 822.1 del CC. Este hecho ha provocado que la doctrina se cuestione si la necesidad de tener vivienda solo debe considerarse como otro factor a ser satisfecho por el legitimario discapacitado para que pueda resultar viable la variante del derecho de habitación conferida por virtud de la ley o si su cumplimiento también debe hacerse extensivo a la circunstancia en que este derecho real limitativo del dominio sea atribuido por el causante a través de un acto *inter vivos*, es decir, una escritura pública de donación, o *mortis causa*, mediante la otorgación de un testamento. Nuevamente, perspectivas contrapuestas se han elaborado en cuanto a este asunto.

Ciñéndose principal y estrictamente al texto de la norma, cierto autor<sup>1371</sup> descarta esta posibilidad por considerar que la pretensión del legislador era que se atendieran supuestos divergentes en el párrafo primero y el segundo del art. 822 del CC. De ahí, precisamente, su exigencia explícita de que el pariente discapacitado únicamente debía cumplir con tener necesidad de alojamiento en el caso de que fuera la ley la que en su favor le concedió el derecho de habitación sobre la vivienda habitual y no si el mismo fue producto de la voluntariedad del causante. Al explicar la lógica del art. 822.2 del CC, este estudioso enfatiza que el legislador parte de la premisa de que, previo al fallecimiento del causante, la necesidad del legitimario discapacitado de habitar una residencia es el elemento generador de su convivencia con el titular de la vivienda habitual. En otras palabras, durante ese período, el pariente discapacitado satisfizo dicha carencia a través de su cohabitación con el causante. Justamente, esa misma necesidad, materializada nuevamente al quedarse el discapacitado, por causa de la muerte del causante, sin la vivienda en la que residía, será la razón de que se

---

constitución del derecho de habitación especial no tendría sentido porque el beneficiario estaría impedido de aprovecharlo. El discapacitado debe estar en condiciones de disfrutar el derecho de habitación especial tanto en el momento en que el mismo se constituyó como en el instante de la muerte del causante. De no ser así, por falta de objetivo, resultarían inaplicables los beneficios del art. 822 del CC.

<sup>1371</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 4030, «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, págs. 6105 - 6106. Véase, también, NOGUERA NEBOT, T., «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 8 y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Aspectos Controvertidos del Legado de Habitación Previsto por el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 154, 155 y nota 15, que sobre este asunto mantienen igual criterio.

active el «legado legal» del derecho real de habitación. Mecanismo jurídico que permitirá que el legitimario discapacitado tenga una situación más estable y favorable que la que mantuvo cuando convivió con el causante.

En cambio, es su parecer que la aplicación del art. 822.1 del CC no se sustenta en la acreditación de la necesidad de vivienda del legitimario discapacitado, sino en la voluntad explícita del donante o testador al otorgar un derecho de habitación en beneficio de este. Esa determinación del disponente sirve tanto para originar la creación de este limitado derecho real sobre cosa ajena como para evidenciar que la intención del causante era facultar al pariente con discapacidad para que, a su muerte, se continuara alojando en la vivienda habitual, con independencia de que tuviera o no una verdadera necesidad de residencia.

Por lo que, según el criterio de este estudioso, el acto volitivo del causante de atribuirle el derecho de habitación a su legitimario discapacitado es la circunstancia que exime al supuesto del art. 822.1 del CC del cumplimiento del requisito de la necesidad de vivienda. Mientras, a su vez, es la ausencia de esa voluntad expresa la que motiva que la ley exija que dicho requerimiento sí deba satisfacerse respecto al caso que se contempla en el art. 822.2 del CC. Análisis estrictamente literal de la norma que es compartido por otra autora, al comentar, en sentido parecido, que la necesidad de vivienda por parte del legitimario discapacitado solo puede servir de justificante de la atribución del «legado legal» del derecho de habitación porque es precisamente en el art. 822.2 del CC donde este requerimiento se exige con el propósito de sustituir a la voluntad del causante. En otras palabras, que en el art. 822.2 del CC el legislador compensa la ausencia de la voluntad expresa del fallecido, que si está presente en el apartado primero del art. 822 del CC, con el requisito esencial objetivo del estado de necesidad.<sup>1372</sup>

En una posición diametralmente opuesta, otra autora<sup>1373</sup>, a nuestro parecer con muy buen criterio, sostiene que debe entenderse, aunque la norma no lo haya establecido

---

<sup>1372</sup> RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 26. Véase, además, LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 222, que también piensa, fundado en la literalidad del texto del art. 822 del CC, que la necesidad de vivienda es un requisito exclusivo de la atribución *ex lege* del derecho de habitación porque así expresamente se dispone en el párrafo segundo de tal precepto. Criterio que también comparte ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», *op. cit.*, pág. 2942.

<sup>1373</sup> DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 305 - 306, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 867. Apoyando también esta perspectiva, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 822 del CC», *op. cit.*, pág. 942, apunta que el derecho de habitación del art. 822 del CC puede aplicarse tanto en la sucesión testada como en una intestada, siempre que en cualquiera de estos contextos esté manifiesta la necesidad de vivienda del habitacionista discapacitado. Véase, además, SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático*

expresamente, que las dos variantes del derecho de habitación del art. 822 del CC, es decir, la voluntaria y la «legal», tienen como requisito esencial la necesidad de vivienda del habitacionista discapacitado. Enfoque que, de una parte, se fundamenta en que este precepto establece un régimen extraordinario a través del que se permite vulnerar el principio de intangibilidad de la legítima, en perjuicio de los colegitimarios no discapacitados, siempre que con ello se logre proteger y beneficiar al heredero forzoso con discapacidad. De otra parte, la propia naturaleza del derecho de habitación pretende resolver la necesidad de alojamiento del habitacionista favorecido y no aumentar su patrimonio. Si esa alegada carencia es irreal, no tendría sentido alguno que se aplicara el derecho de habitación del art. 822 del CC. En otros términos, sería incoherente que con este derecho de habitación excepcional se beneficiara al legitimario discapacitado para cubrir una necesidad de vivienda que no existe realmente, máxime cuando ello implicaría una lesión cuantitativa y hasta cualitativa de la porción legitimaria de los no discapacitados.

Esta estudiosa, sin embargo, aclara que lo señalado no significa que el testador está impedido de concederle un derecho de habitación a aquel legitimario discapacitado, e incluso a quien carezca de cualquiera de estas cualidades o de ambas, que no tenga necesidad de residencia. Sin duda, podrá hacerlo fundado en su libertad de disponer testamentariamente, pero sin que le sean aplicables los efectos del art. 822 del CC, por lo que el valor de este derecho real deberá computarse para el cálculo de las legítimas y su constitución no podrá representar un gravamen para la cuota legitimaria de aquellos que no se encuentran en la categoría de personas con discapacidad.

Por nuestra parte, somos partidarios de la segunda corriente doctrinal que piensa que la necesidad de vivienda constituye uno de los requisitos esenciales que debe cumplir el legitimario discapacitado para poder beneficiarse de cualquiera de las modalidades de derecho de habitación que se viabilizan en el art. 822 del CC. Un análisis integral de distintas consideraciones nos llevan a asumir esta afirmación.

Primero, el hecho de que en el art. 822.1 del CC no se haya incluido expresamente el criterio de la necesidad de alojamiento del discapacitado, no implica de por sí que este no sea un requisito a tomarse también en consideración en el caso de que hubiese sido el propio causante el que hubiera donado o legado el derecho de habitación. A nuestro parecer, la no inclusión explícita de este requerimiento se debe a la consideración legislativa de que será el disponente el que sopesará la existencia o no de la necesidad de residencia del legitimario

---

*de la Ley 41/2003, op. cit.*, 2008, págs. 498 y 501; RIERA ÁLVAREZ, J. A., «Protección Sucesoria de las Personas Discapaces», *op. cit.*, pág. 159.

discapacitado, antes de tomar la determinación de concederle o no el beneficio del derecho de habitación especial. Evidentemente, el causante hará uso de este mecanismo siempre que crea, luego de apreciar la presencia de este tipo de necesidad, que a través del mismo podrá ayudar a su legitimario discapacitado. Significa que, aunque no se hubiera dispuesto expresamente en el art. 822.1 del CC, el causante tendrá que supeditar la atribución del derecho de habitación a la circunstancia de que su pariente discapacitado tenga verdaderamente la necesidad de habitar en la vivienda habitual.

De otra parte, no sería ilógico plantear, además, que en el art. 822.1 del CC la necesidad de vivienda del legitimario discapacitado pudiera estar comprendida en la expresa exigencia de convivencia entre este y el causante en la vivienda habitual del que este último es titular. Ordinariamente, nadie que tenga su propia vivienda va a querer residir en la casa de otra persona. Si alguien convive en la casa de otro individuo es porque tiene necesidad de hacerlo, ya sea porque, partiendo del supuesto objeto de estudio, además de ser discapacitado, por ejemplo, sea un hijo menor de edad o un hijo mayor de edad o emancipado, que carezca de ingresos propios o suficientes para adquirir o arrendar una residencia.

Segundo, es cierto que la regulación del derecho de habitación ordinario, contenida en los arts. 523 al 529 del CC, no presupone su aplicación al hecho de que el habitacionista esté sujeto a un estado de indigencia o que carezca de los recursos económicos mínimos para suplir sus necesidades básicas relacionadas, por ejemplo, con la alimentación, la vestimenta, asistencia sanitaria, entre otros. Por lo que el habitacionista favorecido podría tratarse de una persona que puede acceder a algunos de los derechos básicos, aunque, por ser pobre, no en las mejores condiciones.

Sin embargo, es incuestionable que la existencia de una situación de necesidad, y en específico de aquella relacionada con la ausencia de alojamiento, es inherente a todo derecho de habitación concedido a título gratuito. En otros términos, en esta clase de derecho real limitativo del dominio subyace la idea de proteger a aquel que lo necesite. De ahí que el derecho de habitación ordinario se haya utilizado con la intención de beneficiar a aquellas personas que el disponente entendía que, por su situación personal o patrimonial, estaban más desamparadas, tales como el cónyuge supérstite o las hijas solteras.<sup>1374</sup> Esencia que, evidentemente, se hace extensiva al derecho de habitación del art. 822 del CC, ya se hubiese

---

<sup>1374</sup> RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 8; FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 41, 91 – 92; DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 369.

constituido voluntariamente o por ministerio de la ley. Lo que claramente se desprende de la finalidad de la LPPPD, en la medida en que el legislador seleccionó al derecho de habitación del art. 822 del CC como una de las herramientas jurídicas que apoyarían la asistencia económica que el Estado le provee a las personas con discapacidad, evitando así que respecto a ellos el gobierno tenga que asumir más responsabilidades que las que les correspondan, y que servirían para ayudar y brindarle mayor protección patrimonial a este sector vulnerable, específicamente, en el tiempo en el que sus familiares más cercanos, por causa de su muerte, ya no los pueden asistir.

Tercero, el derecho de habitación especial constituye una excepción más al principio de intangibilidad de la legítima. Por lo mismo, su interpretación y aplicación deberá ser una balanceada en la que se tome en cuenta los derechos sucesorios de los demás legitimarios no discapacitados. Significa que como en cualquiera de las otras excepciones a la regla general de que la institución legitimaria es intocable, que hemos estado discutiendo a través de todo este trabajo, cuya autorización, y, por ende, la afectación de los derechos legitimarios de los no favorecidos, está fundamentada en objetivos loables, tales como la estabilidad económica y social del país, el bienestar de los hijos o descendientes legitimarios incapacitados, el perjuicio que el derecho de habitación especial causa en la legítima de los no discapacitados deberá justificarse en la satisfacción de la genuina necesidad del heredero forzoso discapacitado de alojarse, ordinariamente, de forma vitalicia, en la vivienda habitual en la que ha estado residiendo con el causante. Propósito, sin duda, positivo porque en términos económicos es difícil acceder a una vivienda, dificultad que se acrecienta en el caso de los discapacitados, ya que su condición le complica su acceso a un trabajo que le provea capacidad adquisitiva. Añadiéndose a esto los costos que se verá precisado a invertir para adecuar la casa a sus necesidades.

Si resulta que al legitimario con discapacidad favorecido con el derecho de habitación especial, a partir del fallecimiento del causante, no le hace falta continuar residiendo en la vivienda habitual, será inaceptable la aplicación y consecuentes efectos del art. 822 del CC y, por tanto, a los legitimarios no discapacitados se les deberá respetar su derecho a recibir su porción legal íntegra y libre de gravamen alguno. Más claramente, la lesión cuantitativa y cualitativa que el derecho de habitación excepcional puede provocar en la legítima de los no discapacitados, no se puede fundamentar en el objetivo superfluo de acrecentar aún más el patrimonio del legitimario discapacitado, en vez de en la satisfacción de una verdadera necesidad de alojamiento.

Es importante señalar que la necesidad de vivienda del legitimario discapacitado debe existir en el momento de la apertura de la sucesión, es decir, al producirse la delación testamentaria, si se trata de una sucesión voluntaria, o la delación legal, si estamos ante una sucesión intestada.<sup>1375</sup> En caso de que el resto de legitimarios no discapacitados cuestionen la concurrencia de ese estado de necesidad en el pariente discapacitado y, por tanto, se opongan judicialmente a que este se beneficie del derecho de habitación excepcional atribuido, legal o voluntariamente, a su favor, esta deberá ser objeto de apreciación objetiva en el tribunal. Puesto que no se debe permitir que la aplicación de esta figura jurídica dependa exclusivamente de la voluntad o manifestaciones del legitimario discapacitado o su representante en cuanto a que necesita que se le favorezca con este derecho real limitativo de dominio.<sup>1376</sup>

Significa que para que la atribución del derecho de habitación del art. 822 del CC sea efectiva, no será suficiente lo conveniente o útil que la vivienda habitual pueda resultar para el legitimario con discapacidad. Será imprescindible que el pariente discapacitado tenga una genuina necesidad de vivienda. Situación que, evidentemente, no se cumplirá si este tiene otra residencia, desde antes de la muerte del titular de la vivienda habitual o como consecuencia de una disposición *mortis causa* que este hubiera incluido a favor del discapacitado en su testamento.<sup>1377</sup> Como sería el caso de una herencia acaudalada donde existiendo más activos que repartir, al discapacitado, además del beneficio del derecho de habitación especial sobre la vivienda habitual, se le atribuyen otros bienes hereditarios diferentes. Ello porque al redactar el art. 822 del CC, indiscutiblemente, en la mente del legislador lo que estaba era el supuesto de un caudal hereditario escaso o normal y no uno abundante, que permite que el causante pueda satisfacer la necesidad de vivienda del discapacitado con diversos medios económicos y jurídicos. Más específicamente, y en coincidencia con el parecer de la doctrina, para poderse beneficiar del derecho de habitación

---

<sup>1375</sup> Véase: RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 27; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 223; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 151.

<sup>1376</sup> Véase: LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 222 – 223.

<sup>1377</sup> SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, 2008, pág. 498; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 4029, «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, pág. 6105.

especial, el legitimario discapacitado no podrá disponer de otro inmueble donde alojarse, ni contar con recursos económicos suficientes para alquilar o adquirir otra vivienda.<sup>1378</sup>

Incluso, se ha llegado a argumentar que es posible que el legitimario que padece discapacidad cumpla con el requisito de necesidad de vivienda en el supuesto en que a pesar de tener a su disposición otra vivienda, esta no resulte adecuada para sus necesidades particulares.<sup>1379</sup> Supuesto que, a nuestro modo de ver, únicamente sería viable si la vivienda habitual objeto del derecho de habitación del art. 822 del CC sí reúne las condiciones arquitectónicas especiales correspondientes al tipo de discapacidad que sufre el habitacionista legitimario. Por ejemplo, en el caso de que el legitimario discapacitado tuviera una vivienda en el quinto piso de un edificio que no tiene ascensor y que su discapacidad es del tipo que le impide moverse por sí mismo. Mientras, la vivienda habitual en la que se hizo recaer el derecho de habitación especial es una casa de una sola planta o un piso que ubica en lo bajos de un inmueble, que estructuralmente está adecuado a las necesidades del discapacitado. De no ser así, entendemos que el legitimario discapacitado no cumpliría con el requisito de necesidad de vivienda y, por ende, sería ineficaz el derecho de habitación especial que se hubiese atribuido en su beneficio, por virtud de la ley o de la voluntad del causante.

No obstante, cierta autora<sup>1380</sup> ha compartido, sin observación alguna, la mencionada potencial situación fáctica, bajo la creencia de que el hecho mismo de la discapacidad, por un

---

<sup>1378</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1492; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 11; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 873, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 312, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 32, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 104, «Capítulo VI: Las Reformas de Derecho Sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 240, nota 74. Véase, también, SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 151; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», *op. cit.*, pág. 2942; MONESTIER MORALES, J. L., «Legados de Habitación en favor de Discapacitados: Efectos Civiles y Liquidación Monetaria», *op. cit.*, pág. 16, «Los Discapacitados y el Legado de Habitación», *op. cit.*, pág. 332; SAP de Vizcaya, núm. 799, de 15 de noviembre de 2011, *supra.*, falló a favor del legitimario discapacitado porque encajaba en el ámbito de aplicación del art. 822.2 del CC, puesto que cumplía con tener necesidad de vivienda, al no disponer de otra donde habitar.

<sup>1379</sup> DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 312, «Capítulo VI: Las Reformas de Derecho Sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 240, nota 74, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 32, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 104, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 873.

lado, causa que exista disparidad entre las necesidades vitales de una persona discapacitada y otra que no lo sea y, por otro lado, afecta la concepción que cada cual pudiera tener sobre lo que supondría o no una necesidad. A efectos reflexivos, esta estudiosa toma en consideración el ejemplo de un legitimario discapacitado que destina una parte importante de sus medios económicos a comprar o arrendar una vivienda, viendo de esta forma reducido su patrimonio para poder atender las otras diversas necesidades que le resultarán exigibles dependiendo del tipo de discapacidad que padezca. Lo que le lleva a pensar que el concepto necesidad debe interpretarse más flexiblemente cuando el presupuesto subjetivo respecto al que se va a ponderar resultan ser las personas con discapacidad que cuando se trata de aquellas que no tienen tal condición. Y a finalmente concluir que el legitimario discapacitado carecería de necesidad y, por tanto, no podría beneficiarse del derecho de habitación que se constituye sobre casa ajena, en el caso de que fuera propietario de una vivienda en la que pudiera satisfacer sus necesidades particulares.

Según otra opinión<sup>1381</sup>, en cambio, se ve más difusa que se cumpla con la necesidad de vivienda en el hipotético caso de que el legitimario discapacitado tenga varias casas, aunque ninguna de estas estuviera adecuadamente adaptada a las necesidades que le generan su propia discapacidad. Entiende que en estos casos será importante conocer en qué situación se encuentran el resto de legitimarios no discapacitados. Además de que, correctamente, sugiere que el pariente discapacitado siempre tiene la opción de vender alguna de las propiedades e invertir el dinero obtenido en condicionar arquitectónicamente la vivienda en donde habitaría.

Lo cierto es que, en definitiva, la apreciación de este término indeterminado de la necesidad de vivienda del legitimario discapacitado, que, por lo mismo, seguramente propiciará muchas controversias que derivarán en una amplia jurisprudencia, debe ser resultado del examen en conjunto de varias circunstancias. Nos referimos, por ejemplo, al hecho de que el heredero forzoso discapacitado no tenga otra residencia en la población o sus

---

<sup>1380</sup> RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, págs. 26 – 27, recurriendo a un supuesto que considera AMAT LLARI, M<sup>a</sup> E., «La Protección del Discapacitado en el Ámbito Laboral y en relación a la Vivienda», *op. cit.*, pág. 32, pero que a pesar del mismo esta autora sostiene que el legitimario discapacitado no cumpliría con tener la necesidad de vivienda que exige el art. 822.2 del CC, si cuenta con la capacidad económica para comprar o alquilar una casa y aunque ello le signifique que su patrimonio se habrá disminuido para atender las exigencias propias de su condición de discapacidad. Véase, además, SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 151.

<sup>1381</sup> DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 312, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 873 – 874, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 32, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 104.



alrededores, su capacidad económica y la cercanía o lejanía de los servicios especializados para atender su condición de discapacidad.<sup>1382</sup>

### 3. Perjudicados

En esencia, serán aquellos legitimarios no discapacitados cuya porción legal no se beneficiará del valor del derecho de habitación especial porque uno de los efectos de la aplicación de la norma del art. 822 del CC es, justamente, que este no será considerado para propósitos del cómputo de las legítimas. De manera que se trata de las personas a las que legalmente se permite que el causante, contrario a la regla general de respeto a los derechos legitimarios, pueda vulnerar la intangibilidad cuantitativa de su legítima. Incluso, serán los que tendrán que sufrir que este derecho de habitación excepcional implique un gravamen a su cuota legal. Es decir, una afectación al principio de intangibilidad cualitativa de su legítima. Si tomamos en consideración que en la sociedad española, la norma es que el patrimonio hereditario de las familias españolas está compuesto, principal o exclusivamente, por la vivienda habitual.

A esto se añade que los legitimarios no discapacitados, que pueden tratarse del resto de descendientes y, en ausencia de estos, de los ascendientes y, además, inclusive, del cónyuge supérstite, tendrán que cumplir, normalmente, con la obligación que le adscribe el art. 885 del CC de tener que entregarle la posesión del legado del derecho de habitación especial al legitimario con discapacidad. A menos que de forma extremadamente excepcional, debido a que haya algunos otros bienes en la herencia, el disponente hubiera determinado que el heredero concreto al que le atribuía testamentariamente la vivienda familiar, con la carga del derecho de habitación del art. 822 del CC, sería el que tendría que entregarle el derecho legado al discapacitado. En cambio, si la casa se hubiera atribuido a título de legado a un legitimario no discapacitado, conforme el art. 868 del CC, este se vería obligado a respetar, hasta su extinción, el derecho de habitación especial que el causante le hubiera legado al legitimario discapacitado. En este caso se trataría de un sublegado. Contexto ante el que, regularmente, la totalidad de los herederos forzosos no discapacitados tendrían que asumir la entrega de la posesión de este derecho legado.<sup>1383</sup>

---

<sup>1382</sup> RIVERA ÁLVAREZ, J. M<sup>a</sup>., «Una Perspectiva Civil de las Últimas Reformas Planteadas en Materia de Discapacidad», *op. cit.*, pág. 108 y nota 39; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, pág. 2555 y nota 25.

<sup>1383</sup> Véase: SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, 2008, pág. 498; NOGUERA NEBOT, T., «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 9; DONADO VARA,

## B. Ámbito objetivo

Según se dispone expresamente en el primer párrafo del art. 822 del CC, en la Parte VII (c) de la Exposición de Motivos de la LPPPD y se puede inferir también del apartado segundo de dicho precepto, al verse este en relación con el primero, el derecho de habitación especial, ya fuera atribuido voluntariamente o por virtud de la ley, recae sobre la vivienda habitual de la que el causante es su titular. Ya que por la propia naturaleza de esta institución jurídica, que, como hemos sostenido, se deriva del régimen general, su efectividad, de acuerdo al art. 524.2 del CC, solo puede ser respecto a una vivienda sobre la que el habitacionista no tenga titularidad alguna. En otras palabras, en relación con una vivienda ajena al legitimario discapacitado que ha sido favorecido con el derecho de habitación excepcional.

A esa denominada vivienda habitual, la doctrina, a nuestro parecer correctamente, la ha asemejado a la vivienda familiar, siempre que el bien inmueble reúna tres características esenciales. Primero, que sea un lugar habitable, que no es otra cosa que una estructura física apta y acondicionada para vivir en ella y realizar las funciones principales de una vida en familia. Por lo que, como tal, no pueden cualificar los establos, las casas en ruinas, los gallineros, los locales, las tiendas de campañas, chozas, entre otros, unos porque, a pesar de su condición inmobiliaria, no están destinados a la vivienda humana y otros simplemente porque a pesar de ser estancias que son utilizadas por las personas, las mismas no cubren todas las necesidades de abrigo, protección y seguridad que ofrece un hogar familiar.<sup>1384</sup> Segundo, debe cumplir la cualidad de habitual. Se trata de la casa en que la familia, de la cual el legitimario discapacitado evidentemente es parte, desarrolla ordinariamente su vida

---

A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 375.

<sup>1384</sup> Por su parte, MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, pág. 2547 - 2548, a pesar de que reconoce que la misma naturaleza del derecho de habitación obliga a pensar que el legislador estaba contemplando un bien inmueble para la aplicación de la variedad especial contenida en el art. 822 del CC, también opina que es posible que el derecho de habitación excepcional se constituya sobre un bien mueble, como puede ser una caravana o un remolque, siempre que el mismo esté acondicionado para satisfacer adecuadamente la necesidad de vivienda del legitimario discapacitado y este hubiera convivido con el titular, hasta el justo instante en que este último falleciera. Discrepamos de este comentario, por un lado, porque la naturaleza jurídica general del derecho de habitación se vislumbra exclusivamente con relación a un bien inmueble. Recordemos que nos encontramos ante un derecho real limitativo de dominio que, por lo mismo, no puede recaer sobre un bien mueble sino sobre uno inmueble. De ahí que en el art. 524.2 del CC se establezca que su objeto de aplicación será una «casa ajena». Configuración clásica que, indudablemente, se hizo extensiva a la especialidad del derecho de habitación del art. 822 del CC, cuando claramente se dispuso que este se constituiría sobre una vivienda, que es una estructura que se ubica dentro del grupo de los bienes inmuebles y que nada tiene que ver con los bienes muebles. A lo que se puede añadir que, de ordinario, las caravanas se utilizan para propósitos exclusivamente vacacionales y no para realizar una vida familiar diaria.

diaria. Es decir, es el hogar donde, de forma normal y con carácter más o menos permanente, se da la convivencia familiar y, en lo pertinente, en el que cohabitaban el discapacitado y el causante.<sup>1385</sup>

Tercero, y como obvia consecuencia de la segunda característica, debe tratarse de la casa principal, es decir, aquella en la que habitualmente se reside. No puede tratarse de una segunda residencia o de viviendas ocasionales o temporales, que solamente se utilizan para pasar las vacaciones, sin importar que la muerte del causante se suscitara en ella y mientras este y el legitimario discapacitado estaban cohabitando durante alguno de los períodos vacacionales. Respecto a este tipo de inmueble no será aplicable el derecho de habitación especial, puesto que la idea de esta figura jurídica no es favorecer al legitimario con discapacidad confiriéndole un alojamiento en cualquier vivienda, sino en aquella que le resulte esencial y significativa porque es «su casa» y está habituado a vivir allí.<sup>1386</sup>

---

<sup>1385</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1489; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 22 y nota 55; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, 2008, pág. 499; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 148 – 149; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, pág. 2547, nota 13; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», *op. cit.*, págs. 2941 y 2944; FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 72; RIERA ÁLVAREZ, J. A., «Protección Sucesoria de las Personas Discapaces», *op. cit.*, pág. 158; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 214 – 215, enfatiza en que el objeto del derecho de habitación especial es una casa o vivienda, en su sentido general, susceptible de ser habitada, por lo que no puede tratarse, por ejemplo, de un local, porque respecto a este lo que aplicaría sería el derecho de uso y no el de habitación. Véase, además, SAP de Vizcaya, núm. 799, de 15 de noviembre de 2011, *supra.*; STS núm. 340 de 31 de mayo de 2012, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2012/6550), donde precisamente se interpretó la noción de vivienda familiar, concepto que no ha sido definido por el CC, como «el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia».

<sup>1386</sup> DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 308 - 309, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 870, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 30, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 100; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 148; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 22 y nota 56; RIERA ÁLVAREZ, J. A., «Protección Sucesoria de las Personas Discapaces», *op. cit.*, pág. 158. Por su parte, SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, 2008, pág. 499, comenta que aunque es claro que para el legislador de la LPPPD solamente puede ser una la vivienda habitual, lo que de ordinario será así, pueden haber circunstancias en las que el causante y el legitimario discapacitado habitualmente vivieran en más de una casa a la vez. Más concretamente, FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 72 – 73, comenta que aunque el requisito de la habitualidad de la vivienda podría llevar a que las viviendas de temporada fueran excluidas como objeto del derecho de habitación del art. 822 del CC, lo más recomendable, antes de asumir cualquier posición al respecto, es «acudir a cada caso concreto y atender el *animus* de los intervinientes, así como a la teleología de la norma, en línea de principio con una

Estas tres cualidades, considerando que el derecho de habitación del art. 822 del CC se puede conceder tanto por acto *inter vivos* como por acto *mortis causa*, deberán existir en el momento de su constitución, pero sobre todo tendrán que mantenerse hasta el tiempo del fallecimiento del causante. De lo contrario, no se podrá cumplir con uno de los requisitos esenciales para que pueda ser eficaz este mecanismo jurídico, que es la convivencia en el hogar familiar entre el titular de dicho inmueble y el legitimario discapacitado en el instante en que se produce el óbito del primero.<sup>1387</sup>

Aunque para cierto autor<sup>1388</sup>, en base a la propia justificación y destino del derecho de habitación especial, la regla general es que el concepto de la vivienda habitual debe verse atado a la de vivienda familiar, es su parecer que ello no descarta que esta pueda exceptuarse en ciertas situaciones. Si bien admite que en la noción de «hogar familiar» cabe tanto la

---

concepción más amplia que la de vivienda familiar siempre que éste pueda admitirse en su aplicación al caso concreto...»

<sup>1387</sup> Véase: RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 22 y LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 217 – 218, que sobre el particular, además, aporta una interesante reflexión respecto a dos potenciales problemas. De una parte, entiende que si al momento de la muerte del testador su vivienda habitual no coincide con aquella que este había determinado como tal en su testamento, surgiría un problema de interpretación de la voluntad del otorgante que habría de tratar de resolverse a través de la aplicación de las normas interpretativas testamentarias contenidas en el art. 675 del CC. De no poderse solucionar por este medio, se tendría que estimar, luego de aplicar de manera integral los arts. 768 y 869 del CC sobre los legados específicos, que el derecho de habitación del art. 822 del CC quedó sin efecto como resultado de la venta de la primera vivienda del causante. De otra parte, si esta casa inicial continuaba siendo de la propiedad del testador al momento de su fallecimiento, a pesar de que este tuvo que dejar de vivir en ella para irse a una residencia geriátrica o a la casa de alguno de sus hijos, es el criterio de este autor que debe considerarse válido el legado del derecho de habitación especial impuesto sobre dicho inmueble a favor del legitimario discapacitado. Más aún, si fue corto el tiempo que transcurrió desde que, por circunstancias, de ordinario, ajenas a su voluntad, tuvo que abandonar la vivienda. Aunque, reconoce que su análisis podría levantar cuestionamientos en cuanto al tiempo que debería haber pasado para que la vivienda hubiera dejado de ser habitual. Además de que se podría argumentar que no se estaría cumpliendo con el requisito de la convivencia entre el causante y el legitimario discapacitado, que se exige en el art. 822 del CC para la aplicación del derecho de habitación especial. A menos que a este requerimiento se le diera una interpretación amplia conceptual y no una material o de hecho. A nuestro parecer, aunque estos supuestos incitan al análisis reflexivo del marco de aplicación de la figura jurídica objeto de estudio, está bastante claro que ante ninguno de ellos podrá ser efectivo el derecho de habitación del art. 822 del CC. Por un lado, si el testador enajenó la vivienda habitual sobre la que había constituido el derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado, este acto habrá dejado sin efecto tal atribución, por dos razones básicas. Primero, el otorgante, a pesar de poder hacerlo, no enmendó su testamento para sujetar este derecho real sobre su nueva vivienda habitual. Hecho que lógicamente puede llevar a pensar que había desistido de beneficiar a su pariente con discapacidad a través de esta figura jurídica. Segundo, al tratarse de un legado que recae sobre un bien cierto y determinado, el derecho de habitación quedó inoperante como consecuencia, según se desprende del análisis combinado de los arts. 768 y 869 del CC, del acto de enajenación del bien inmueble que era objeto del mismo. Por otro lado, si el testador ya no reside en la vivienda en la que constituyó el derecho de habitación especial, este resultará inaplicable no solo porque esa casa dejó de ser la principal y ya no es el lugar donde se desarrollan las relaciones familiares, sino, y más importante aún, porque no se podrá cumplir con uno de los requisitos que precisa el art. 822 del CC, es decir, la convivencia entre el titular de la vivienda habitual y el legitimario discapacitado en el momento del óbito del primero.

<sup>1388</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 78 – 79 y 81.

«vivienda familiar» como la «habitual» y el «domicilio conyugal». También, es su criterio que el término vivienda habitual, que se refiere a la residencia en la que realmente conviven el discapacitado y el benefactor, no necesariamente tiene que coincidir con la vivienda, hogar o domicilio familiar. Podría ser que estos lugares fueran los mismos, pero igualmente puede ser posible que sean diferentes. Perspectiva que reconoce colisiona con la dispersión conceptual que existe en el Derecho civil, al utilizarse indistintamente los conceptos de «vivienda familiar», arts. 90.1 (c), 91, 96, 103.2 y 1357.2 del CC, «residencia habitual», arts. 40 y 1406.4 del CC, «hogar familiar», art. 1362.1 del CC, «domicilio conyugal», art. 70 del CC, y el «domicilio familiar», art. 93.2 del CC.

A pesar de ello, plantea que la amplia frase «vivienda habitual» que el legislador optó por utilizar en el art. 822 del CC tiene el propósito de que no se encasille al bien inmueble objeto del derecho de habitación especial con un destino exclusivamente familiar. De manera que se pudiera acrecentar el margen de maniobra del disponente para poder beneficiar a su legitimario discapacitado con cualquier tipo de vivienda, siempre que ambos, efectivamente, hubieran estado conviviendo en ella. Significa que, para este autor, lo medular no es si la vivienda habitual resulta ser también la vivienda familiar, que puede o no ser así, sino, más bien, si respecto a la vivienda sobre la que se impuso el derecho de habitación del art. 822 del CC se cumple con el criterio objetivo de su existencia y de la convivencia entre el discapacitado y el titular de la misma. Cuestión de hecho que deberá ser apreciada por los jueces de instancia. Finalmente, este estudioso, partiendo de la premisa de que con la norma del art. 822 del CC se pretende proteger patrimonialmente al discapacitado y no asegurar el destino de un bien en consideración a sí mismo, de que la convivencia es el requisito que el precepto precisa que se cumpla, sin establecerse plazo mínimo alguno y de una concepción amplia de la expresión «residencia habitual», concluye que sería válido el derecho de habitación especial que el causante hubiese impuesto sobre una vivienda a la que técnicamente no se le considerara como la familiar.

Discrepamos de la apreciación que este autor asume sobre esta cuestión. Nos persuade más la posición asumida por otros estudiosos respecto a que la expresión «vivienda habitual» solo debe referirse a la «vivienda familiar». De entrada, el disponente ya contaba con la posibilidad, según el art. 524.2 del CC, de atribuir un derecho de habitación sobre cualquier tipo de «casa ajena», en beneficio de cualquier persona, fuera o no un legitimario discapacitado. La funcionalidad del derecho de habitación del art. 822 del CC se justifica en su especialidad que se caracteriza en que el sujeto beneficiario únicamente puede ser un legitimario con discapacidad, que el trato de favor que este le generará no implicará una

afectación negativa en su porción legal, aunque sí en la del resto de herederos forzosos no discapacitados, y que este derecho real limitativo de dominio recaerá sobre la denominada «vivienda habitual».

Evidentemente, esa especificidad en relación con el bien inmueble objeto del derecho de habitación especial no solo implica que se trata del lugar en el que su titular usualmente hizo su vida diaria. Hecho que por sí mismo es indicativo de que se refiere al hogar familiar principal. Más aún, si se considera que, generalmente, los legisladores proponen y aprueban leyes en atención a las circunstancias que están presentes en la mayor parte de los ciudadanos, siendo una de estas que la mayoría de los españoles tienen una economía media en la que su principal o único bien es la vivienda familiar, que indiscutiblemente será la habitual. Sumado a esto, se encuentra el apercibimiento que el legislador incluyó en el apartado cuarto del art. 822 del CC, en cuanto a que la constitución del derecho de habitación excepcional no será impedimento para que al cónyuge viudo, casado en régimen económico de gananciales, se le atribuyan preferentemente los derechos que se regulan en los arts. 1406 y 1407, que tienen que ver con «la vivienda donde tuviese la residencia habitual», expresión cuya única interpretación posible es que se refiere a la vivienda, hogar o domicilio familiar. Aclaración que entendemos se hace para efectos de distinguir la vivienda familiar y, por ende, habitual, de aquella que, por ser temporal, es una segunda residencia.<sup>1389</sup> Circunstancia que, como muy bien ha reconocido el aludido autor, también se da cuando a través del CC, en referencia a diversos asuntos como la sociedad de bienes gananciales, los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, los deberes y derechos conyugales, entre otros, se emplean distintas palabras para referirse a lo mismo, es decir, a la vivienda familiar principal.

Por otra parte, en el art. 524.2 del CC se establece expresamente que el objeto concreto del derecho de habitación ordinario no es toda la casa ajena, sino exclusivamente las piezas de esta que sean necesarias para el habitacionista y su familia. Aunque, es sabido que el disponente podría establecer en el título constitutivo que este derecho real se extienda a la totalidad de la vivienda. Sin embargo, el art. 822 del CC solo dispone que el supuesto especial del derecho de habitación afectará la vivienda habitual, pero no aclara si el legitimario discapacitado y los integrantes de su familia, incluido en este término, como hemos destacado previamente, por ejemplo, aquella persona que, aun no siendo un familiar,

---

<sup>1389</sup> Véase: NIEVES MORALES, I., «Artículo 1406 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S.A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1896 – 1897; GARCÍA URBANO, J. M<sup>a</sup>, «Artículo 1406 del CC», en *Comentario del Código Civil*, (dirs.) C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch, Ed. Aranzadi, S. A., 1ª edición, Pamplona, 2015, edición de formato digital, <http://proview.thomsonreuters.com>, última consulta el 11 de octubre de 2018, pág. 40; MARTÍN MELENDEZ, M. T., «Artículo 1406 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S. A. U., 1ª edición, 2010, pág. 1551.

ayuda al discapacitado en ciertas tareas que este no puede realizar por razón de su condición, tendrán la facultad de ocuparla enteramente o, como sugiere la normativa general del derecho de habitación ordinario, en defecto de título constitutivo, únicamente aquellas piezas que, respectivamente, necesiten.

Ciertos autores<sup>1390</sup> han estimado que el objeto del derecho de habitación del art. 822 del CC, en cualquiera de sus dos modalidades, abarcará toda la vivienda familiar, exceptuando los casos en que el legitimario con discapacidad y los miembros de su familia se vean precisados a tener que convivir con otros legitimarios y la circunstancia en que por tratarse de la constitución voluntaria, el disponente hubiera restringido este derecho real limitativo de dominio a ciertas piezas del susodicho inmueble. Afirmación que sustentan en las previsiones que el legislador hizo en los apartados cuarto y segundo, específicamente en su parte final, del art. 822 del CC. Por un lado, en el párrafo cuarto de este precepto se dispone que el derecho de habitación excepcional a favor del discapacitado, de ser necesario, deberá coexistir, por ejemplo, con el derecho de uso o habitación que el cónyuge viudo, casado bajo el régimen económico de gananciales, puede pedir que se constituya en su beneficio, conforme el art. 1407 del CC, sobre la vivienda habitual. Por otro lado, que el habitacionista discapacitado no podrá impedir que otros legitimarios continúen conviviendo en la vivienda familiar, si lo necesitan.<sup>1391</sup>

Consideran que estas advertencias legislativas resultarían innecesarias, o, más bien, no tendrían sentido, si se asumiera que el objeto del derecho de habitación especial, igual que respeto a la regla general, son las piezas de la vivienda habitual que sean necesarias para el legitimario discapacitado y las personas de su familia y no la totalidad de la misma. A lo que añaden que si el resto de los legitimarios dejan de tener necesidad de cohabitar en el hogar familiar, se suscitará el efecto práctico de que a estos se les extinguirá su derecho, evento que, según su criterio, provocaría que el derecho de habitación del habitacionista discapacitado se hiciera extensivo a toda la vivienda habitual, sin que este se vea compelido a tener que tolerar otra convivencia. Más aún, si se hacen inaplicables los arts. 1407 y 1408 del CC por no haber un cónyuge viudo bajo el régimen económico matrimonial de gananciales, ni el testador hubiera dejado otro derecho de uso o habitación a su favor. Interpretación amplia y más favorecedora del legitimario discapacitado, que entienden se

---

<sup>1390</sup> SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 154 - 155; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 212 - 213. Véase, también, RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 23.

<sup>1391</sup> Estas dos limitaciones al derecho de habitación especial serán discutidas con más detalle en la sección quinta de este capítulo.

ajusta perfectamente a la finalidad del art. 822 del CC, que a su parecer se desprende de la expresión «protección patrimonial directa a las personas con discapacidad», que se realiza en la Parte VII (c) de la Exposición de Motivos de la LPPPD.

Aunque el razonamiento de estos estudiosos nos parece completamente lógico y posible, creemos que también sería válido argumentar, fundados en que la naturaleza jurídica de esta institución especial es producto tanto de sus propias particularidades como de los postulados generales que rigen el derecho de habitación ordinario, que la previsión que se hace en el art. 822 del CC de que el habitacionista discapacitado podría convivir con otros legitimarios, ya sea porque tengan igualmente un derecho de uso o habitación o porque simplemente necesitaran seguir cohabitando en la vivienda habitual, sirve para confirmar que el objeto concreto del derecho de habitación excepcional, en su constitución voluntaria o por ministerio de la ley, son las habitaciones del hogar familiar que, respectivamente, necesiten el legitimario discapacitado y su familia.<sup>1392</sup> Aclarando, no obstante, que en el caso de que sea el causante el que concede esta institución jurídica, en el título constitutivo, es decir, la escritura de donación o el testamento, este podrá fijar su contenido en la forma que entienda conveniente y hasta incluso extender su aplicación a la vivienda completa, dependiendo del tamaño de la casa y de las necesidades que tenga el discapacitado por razón de su enfermedad, siempre que con tal acto no transgreda los derechos de otros legitimarios. En otras palabras, si el disponente no determinó el contenido del derecho de habitación especial en el título constitutivo, lo que obviamente será la norma en el supuesto del «legado legal», este no se extenderá a la totalidad de la vivienda, sino que se limitará a las partes que de esta necesite para sí el habitacionista con discapacidad y aquellas que precisen los sujetos que compongan su entorno familiar.<sup>1393</sup>

Ha habido, incluso, cuestionamiento respecto a si el derecho de habitación especial incluye que el legitimario discapacitado y sus familiares puedan disfrutar del ajuar de la

---

<sup>1392</sup> A nuestro modo de ver, lo más normal será que el legitimario discapacitado no haya creado una nueva familia y que la suya continúe siendo la del disponente. Por lo que, en la mayoría de los casos, en este tipo de derecho de habitación no será un tema prioritario la preocupación del alojamiento de la familia del legitimario discapacitado.

<sup>1393</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 71 – 72, 73; DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 309, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 870 – 871, nota 48, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 30, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, págs. 100 – 101; RIERA ÁLVAREZ, J. A., «Protección Sucesoria de las Personas Discapaces», *op. cit.*, pág. 159 - 160. Véase, también, SAP de Madrid de 24 de julio de 2000, *supra*.



vivienda habitual. Al respecto, algún autor<sup>1394</sup> ha negado esta posibilidad por considerar que el mobiliario de la casa, cuyo concepto visualiza como amplio, puede representar un valor nada despreciable para los legitimarios no discapacitados. Propone que sea el causante el que aclare este asunto en el título constitutivo del derecho de habitación del art. 822 del CC, estableciendo si esta atribución abarcará todo el ajuar de la vivienda familiar o solo una parte del mismo, detallando en este caso los mobiliarios específicos que podrán ser objeto de disfrute por el habitacionista discapacitado y su familia. Piensa que de esta manera se evita que entre los legitimarios se susciten conflictos sobre la determinación de qué mobiliarios se encuentran adheridos al derecho de habitación del art. 822 del CC.

Estos argumentos e inclusive el hecho mismo de que el derecho de habitación es un derecho real limitativo de dominio, que como tal recae sobre un bien inmueble y no sobre uno mueble, podrían llevar a concluir que la atribución de su modalidad especial no cubre la totalidad o parte del ajuar de la vivienda familiar, a menos que así, expresamente, lo hubiera dispuesto el causante. A pesar de ello, nos inclinamos por el criterio de cierta estudiosa que piensa que como resultado del derecho de habitación especial, ya fuera este constituido voluntaria o legalmente, el habitacionista con discapacidad y las personas de su familia podrán beneficiarse de aquel ajuar que corresponda a la parte de la vivienda habitual en la que seguirán alojándose.<sup>1395</sup> A menos, entendemos, que el disponente hubiera ampliado esta posibilidad a todo el mobiliario o, contrariamente, hubiese excluido explícitamente al ajuar de la atribución del derecho de habitación excepcional. Esta aproximación a dicha cuestión nos parece más acorde con la finalidad de la norma contenida en el art. 822 del CC, que, conforme a la Parte VII (c) de la Exposición de Motivos de la LPPPD, persigue proporcionarle a las personas con discapacidad una protección patrimonial directa y, en general, darle a este sector un trato más favorable, permitiéndoles, sin efecto negativo alguno en su derecho legítimo, que continúen conviviendo en la vivienda familiar como lo venían haciendo hasta la fecha del óbito del titular de la misma. Ya que, en la mayor parte de los casos, negarle el uso del ajuar familiar al discapacitado podría suponer que la casa no le sería de utilidad, al no contar este con los medios económicos para procurarse uno nuevo. Por lo

---

<sup>1394</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 77. Igualmente, FUENTESECA DEGENEFFE, C., «Aspectos Sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», *op. cit.*, pág. 1758, coincide con que los muebles quedan excluidos del derecho de habitación especial, a menos que se hubiera concedido la facultad para utilizarlos.

<sup>1395</sup> DÍAZ ALABART, S., «Capítulo VI: Las Reformas de Derecho Sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 227.

mismo, debemos pensar que la vivienda en que conviven el que será causante y el legitimario discapacitado, entendida como hogar futuro para este último, no solo son las cuatro paredes y el techo, sino la casa con los muebles y objetos que la hacen habitable. Otra cosa es que si se trata de objetos de extraordinario valor, los mismos puedan quedar fuera del contenido y beneficio del derecho de habitación especial del art. 822 del CC.<sup>1396</sup>

---

<sup>1396</sup> A pesar de lo expuesto, nos surge la interrogante de si continuaría siendo posible este derecho al uso del ajuar de la vivienda habitual que le adscribimos al legitimario discapacitado por virtud del derecho de habitación especial, si resultara aplicable el derecho de predetracción del cónyuge sobreviviente contenido en el art. 1321 del CC. Este tema, como otros tantos que hemos discutido y que continuaremos tratando en este capítulo, no ha sido atendido en la LPPPD. Incluso, en nuestra investigación tampoco hemos podido identificar algún autor que haya asumido alguna posición sobre este asunto. Al respecto, el mencionado precepto dispone que «falleciendo uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor». En términos generales, la intención de este artículo es permitir que a la muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente se quede con el ajuar doméstico de la casa habitual que ambos compartían. Se trata de aquellos bienes muebles, ya sean comunes o privativos del fallecido, que resultan imprescindibles para que el cónyuge supérstite pueda seguir disfrutando del hogar familiar de la misma forma que lo hacía cuando su consorte estaba vivo. No incluye los objetos que son especialmente valiosos, tomando en consideración el nivel económico de la familia, ni evidentemente los que eran de uso personal del fallecido. Tampoco el ajuar de otro tipo de vivienda, tales como las residencias secundarias o temporales. Este derecho, también conocido como de «supervivencia» o «aventajas», le corresponde al viudo con independencia del régimen económico matrimonial. Puesto que resulta ser un derecho de familia que se deriva del vínculo matrimonial y que surge por causa de la muerte del otro consorte. Sus beneficios no se aplican ante el supuesto de una separación judicial o de hecho, porque a pesar de que el vínculo matrimonial persiste, ya no hay una convivencia conyugal. Mediante el mismo, se pretende continuar protegiendo el hogar familiar o la unidad de la familia que surgió producto de la institución del matrimonio, ahora con relación a la figura del consorte superviviente. La idea es que el viudo quede protegido contra las actuaciones desconsideradas y arbitrarias de los herederos del cónyuge premuerto. En términos prácticos, su efecto es que el conjunto de los bienes de valor ordinario que conforman el ajuar de la vivienda habitual queda sustraído de las facultades dispositivas del testador. En definitiva, por imperativo de la ley, es decir, de forma automática (*ipso iure*), el viudo hace suyos los bienes constitutivos del ajuar doméstico desde el mismo momento de la muerte del consorte premuerto. Por lo que, estos quedan excluidos de la herencia y de las operaciones particionales. Es sencillo, aunque estamos ante una adquisición por causa de la muerte del otro cónyuge, la misma se da con independencia de su sucesión *mortis causa* y al margen de ella, ya que se trata de un beneficio matrimonial que se fundamenta en la relación y unidad conyugal que se intenta resguardar aun después de la eventualidad de la muerte. (Véase: DE LOS MOZOS, J. L., «Artículo 1321 del CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, Madrid, 1982, págs. 1 – 7 (recurso electrónico); HERRERO GARCÍA, M. J., «Artículo 1321», en *Comentario del Código Civil*, (dirs.) C. Paz – Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez - Cano, L. Díez – Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch, Ed. Aranzadi, S. A., 1ª edición, Pamplona, 2015, págs. 18 - 19 (recurso electrónico); FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, Mª A., Tesis: *El Presupuesto del Matrimonio en los Derechos Sucesorios de Cónyuge Viudo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, págs. 170 – 172, 178 – 182; CLEMENTE MEORO, M. E., «El Cálculo de la Legítima y la Valoración de los Bienes Hereditarios», en *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un Debate Reformista*, (dirs.) Mª. P. Lledó Yagüe, F. Ferrer Vanrell y J. Torres Lana, tomo 1, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, pág. 781; LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, Ed. Dykinson, 4ª edición, revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid, 2010, pág. 247; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 818 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 239 – 240; STS núm. 493 de 19 de mayo de 2000, Sala Civil, (RJ 2000/3583); SAP de Madrid, núm. 498, de 14 de julio de 2005, Sección 14ª, (JUR 2005/201772)). Ante este contexto en que, por virtud del art. 1321 del CC, el propietario pleno del ajuar de la vivienda habitual es el cónyuge supérstite, pensamos que su uso por el legitimario discapacitado beneficiado con el derecho de habitación especial dependerá de que este le conceda la facultad de utilizarlos. Evidentemente, no existirá problema de compatibilidad entre los respectivos derechos de los arts. 822 del CC y 1321 del CC, si resulta que el viudo es quien precisamente se beneficia del derecho de habitación especial. Incluso, es posible que dicha coexistencia se materialice también en el supuesto de que, como resultado de la

#### § 4

### **REQUISITO ADICIONAL ESPECÍFICO PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN CONCEDIDO POR VIRTUD DE LA LEY**

En el caso de la atribución legal del derecho de habitación excepcional se manifiesta un requisito adicional que le resulta particular. Nos referimos a que aun cumpliéndose con todos los requerimientos mencionados, la efectividad de esta variante del derecho de habitación especial dependerá, según sugerido expresamente en el art. 822.2 del CC, del hecho de que el testador no hubiera dispuesto algo diferente o hubiese excluido expresamente la aplicación de este derecho real. En otras palabras, si el causante no tomó previsión alguna con respecto a la necesidad de alojamiento del legitimario discapacitado, que se hará manifiesta una vez fallezca el titular de la vivienda habitual.

Significa que si bien la norma dispositiva del art. 822.2 del CC posibilita que se constituya un «legado legal» de un derecho de habitación excepcional, es, precisamente, su propia esencia la que da cabida a la autonomía de la voluntad, permitiendo, así, que el causante pueda optar por dejar sin efecto su aplicación. En otros términos, una disposición del causante contraria a la previsión del legislador de atribuir legalmente el derecho de habitación especial será suficiente para impedir su nacimiento. Realidad que viene a confirmar la vigencia y primacía del principio de que la voluntad del causante es la ley de la sucesión. Y está muy bien que sea así. De un lado, a través del art. 822 del CC no se pueden atender todos los posibles supuestos. De otro lado, nadie mejor que el disponente conoce la situación de la familia, incluidos los otros colegitimarios, y las necesidades especiales del discapacitado que convive con él, razón suficiente para que pueda tomar la determinación de negarle ese derecho de habitación al discapaz o que opte por otras previsiones para satisfacer el problema de vivienda de este. Claro está, esa intención de que se excluya la aplicación del derecho de habitación que se concede por virtud de la ley, debe, evidentemente, declararse

---

partición de los bienes gananciales y al ejercer su derecho de atribución preferente (arts. 1406 y 1407 del CC), el viudo opte por constituir un derecho de habitación sobre la residencia habitual o de que el consorte premuerto le haya atribuido un derecho de habitación ordinario. Esta situación generaría una convivencia entre el cónyuge superviviente y el legitimario discapacitado favorecido con el derecho de habitación especial, lo que entendemos propiciaría que el uso del ajuar doméstico se compartiera entre ambos. Ello, siempre que el cónyuge viudo lo permitiera. Situación que debería darse por sentada, si el legitimario discapacitado resulta ser un descendiente común o aun tratándose de un no común e incluso del ascendiente de su consorte, si mantenía una buena relación con cualquiera de ellos. En fin, este es otro ejemplo más de que la LPPPD mantiene muchas lagunas que afectan la aplicación de la diversidad de normas sucesorias que se modificaron con la positiva intención de favorecer a uno de los sectores más vulnerables de la sociedad, las personas discapacitadas.

por testamento, según se puede lógicamente deducir del uso de la palabra «testador» en el art. 822.2 del CC.<sup>1397</sup>

No se origina problema interpretativo alguno, si la exclusión del efecto de la constitución legal del derecho de habitación excepcional es resultado de una manifestación testamentaria expresa a tales efectos. Puesto que, con mayor o menor claridad, esta se desvelará del testamento. Si el testador expresamente elige la alternativa más desfavorable de negarle a su legitimario discapacitado la posibilidad de que a su favor se constituya un «legado legal» del derecho de habitación especial, la norma no le exige que justifique su determinación, contrario al supuesto de la desheredación que se precisa que sea justa para que la misma sea válida.<sup>1398</sup> Lo que resulta lógico porque se trata de dos cosas opuestas. Mientras con el derecho de habitación especial se pretende dar al legitimario discapacitado un beneficio adicional que la ley permite, con la desheredación se busca privar de un derecho que fue legalmente concedido y que, por lo tanto, para su despojo se exige el cumplimiento de alguna de las causas recogidas en el CC.

Aunque este proceder puede vislumbrarse como fácil de realizar, será difícil que el testador, aun deseándolo, pueda ponerlo en práctica porque para ello tendrían que conocer que solo puede evitar la aplicación de esta variante del derecho de habitación excepcional, mediante una disposición testamentaria en la que expresamente la excluya.<sup>1399</sup> De ahí que sea más probable que la privación de este derecho real se visualice en los testamentos abiertos, en los que el testador cuenta con el asesoramiento de un notario, que tiene la cualidad dual de funcionario público y profesional del derecho, que en cualquier otro tipo de acto de última voluntad, a menos que su otorgante, por ser experto en derecho, conozca la existencia y regulación de esta figura.

---

<sup>1397</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 822 del CC», *op. cit.*, pág. 871; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 11; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 27; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, pág. 6107, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 4032; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 151; FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 90.

<sup>1398</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, pág. 6107, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 4032; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, págs. 27 – 28.

<sup>1399</sup> AMAT LLARI, M<sup>a</sup> E., «La Protección del Discapacitado en el Ámbito Laboral y en relación a la Vivienda», *op. cit.*, pág. 32; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 28.

En cambio, la doctrina entiende que es bastante ambigua<sup>1400</sup> la segunda forma que provee el art. 822.2 del CC para que el testador pueda impedir u obstaculizar el desenvolvimiento del derecho de habitación atribuido por virtud de la ley. Específicamente, tiene que ver con el supuesto de que la exclusión del «legado legal» del derecho de habitación sea consecuencia de que «el testador hubiera dispuesto otra cosa». Esta amplia e inespecífica expresión requerirá que el testamento del causante sea sometido a interpretación para saber si esas otras disposiciones sucesorias son incompatibles con la aplicación del derecho de habitación especial atribuido legalmente.<sup>1401</sup>

Al momento, sin embargo, la doctrina ha llegado al entendimiento de cuáles podrían ser algunas de esas potenciales disposiciones testamentarias que pueden provocar la inaplicación del «legado legal» del derecho de habitación especial, las que, en términos generales, pueden agruparse en dos grandes grupos. Por un lado, aquellas que de forma más favorable o similar solventan, ordinariamente, de por vida el problema de alojamiento del legitimario con discapacidad. Entre estas, se pueden encontrar: la concesión al discapacitado de la vivienda habitual, mediante el derecho de propiedad, de usufructo, de uso o como heredero fiduciario vitalicio en una sustitución fideicomisaria; la adjudicación de otra casa para vivir; la financiación de la estancia del legitimario discapacitado en una institución especializada en su condición, en el caso de que se tratara de una persona que por su discapacidad requería de los cuidados constantes del familiar fallecido y que con la muerte de este le resultará imposible vivir solo. Situaciones todas indiscutiblemente más beneficiosas para el discapacitado que las que este hubiera conseguido a través de la aplicación del derecho de habitación del art. 822 del CC.<sup>1402</sup>

---

<sup>1400</sup> SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, op. cit., pág. 505; FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», op. cit., pág. 90, por ello, opina que esta previsión se debió haber omitido para proteger el contenido general de la norma.

<sup>1401</sup> SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», op. cit., pág. 151; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», op. cit., pág. 28.

<sup>1402</sup> SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, op. cit., pág. 505; DÍAZ ALABART, S., «Capítulo VI: Las Reformas de Derecho Sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», op. cit., pág. 228 y 240, nota 75, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», op. cit., pág. 874, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», op. cit., pág. 312, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», op. cit., pág. 32, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», op. cit., pág. 104; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» op. cit., pág. 6107, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», op. cit., pág. 4032; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, op. cit., pág. 473; NOGUERA NEBOT, T., «Hogar

Por otro lado, las que instan a suponer que el testador no quiere, de ninguna manera, favorecer a su legitimario discapacitado con un derecho de habitación sobre su vivienda habitual. En ese grupo pueden estar incluidos, por ejemplo, aquellos actos dispositivos *mortis causa* que sugieren que el testador no quería que el discapacitado continuara residiendo en la vivienda habitual, en la medida en que a dicho bien inmueble le asigna un destino diferente e inconciliable.<sup>1403</sup> Incluso, en el mismo podría caber, sujeto a la interpretación de la disposición testamentaria, «el supuesto de que el testador desherede al legitimario discapacitado, en cuyo caso el acto de la desheredación podría ser indicador de que el causante ha querido, sino privarle, sí al menos disponer otra cosa».<sup>1404</sup>

## § 5 LIMITACIONES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN ESPECIAL

### A. Convivencia con otros legitimarios

En la parte final del apartado segundo del art. 822.2 del CC, se prescribe que el favorecido con la atribución legal del derecho de habitación especial carece de potestad para prohibirle al resto de legitimarios que continúen habitando en la vivienda habitual. Ello siempre que estos reúnan dos requisitos esenciales. De un lado, a la muerte del causante estos deben haber estado conviviendo con él y el legitimario discapacitado en la vivienda familiar. Sin que sea preciso que se cumpla con algún tiempo de convivencia en particular, para que tal requerimiento se dé por satisfecho. Circunstancia que pudo haber sido resultado, por ejemplo, de que los hijos todavía no hubieran abandonado el hogar familiar o que

---

Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 16. Aunque, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Aspectos Controvertidos del Legado de Habitación Previsto por el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 159 - 160 y nota 23, hace una precisión importante de que es necesario que cada caso sea examinado separadamente para saber si, en efecto, el derecho de propiedad, el de usufructo o la cualidad de fiduciario le resultará más beneficioso al discapacitado que el derecho de habitación especial. Ya que hay situaciones en que puede serle perjudicial el que se le confiera el derecho de propiedad sobre una vivienda habitual que está sujeta a una hipoteca. Puesto que siendo este el único bien de la herencia, no contaría con los recursos para cumplir con el pago mensual de la hipoteca, lo que le obligaría a vender la casa o someterse a una posterior ejecución. Con el consecuente efecto de que el discapacitado perdería la vivienda en la que ha estado residiendo.

<sup>1403</sup> DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 312, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 874, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 32, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 104.

<sup>1404</sup> RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 28.

habiéndolo hecho, por causa del divorcio y de no contar con activos suficientes para adquirir o arrendar una vivienda propia, han tenido que regresar a vivir a la casa de sus padres. Además, de ser los ascendientes los legitimarios, podría tratarse de los ancianos padres del causante que convivían, también, con él. O, simplemente, referirse a la convivencia con el cónyuge supérstite, progenitor o no del legitimario discapacitado.

De otro lado, al tiempo del óbito del causante, los demás legitimarios no discapacitados deben tener la necesidad de seguir residiendo en la vivienda familiar. Necesidad que no puede justificarse, exclusivamente, en las meras expresiones de los potenciales beneficiarios, en cuanto a que necesitan continuar habitando en la vivienda habitual. Tampoco bastará que para los legitimarios no discapacitados sea bueno o provechoso seguir habitando en la vivienda familiar. Como se trata de un concepto que no ha sido determinado por el legislador, será preciso que esta carencia sea apreciada judicialmente de forma objetiva, ya sea por el hecho de que estos sean menores de edad, o que no cuentan con otra casa para vivir, o que no disponen de los medios económicos para poder solucionar su problema de alojamiento.<sup>1405</sup>

Más aún, una vez que los legitimarios no discapacitados adquieren el beneficio de seguir viviendo en el hogar familiar, ese requisito de necesidad de alojamiento pasa a convertirse en una condición resolutoria. Estimación que se desprende del propio texto del art. 822.2 del CC, que, en lo pertinente, dispone: «...pero su titular [en referencia al beneficiario del derecho de habitación especial] no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios **mientras lo necesiten**».<sup>1406</sup> De manera que si esa carencia no persiste a través del tiempo para alguno o todos los legitimarios no discapacitados, el coheredero forzoso con discapacidad podría alegar y probar la ausencia de necesidad, lo que resultaría en una determinación judicial cesando el derecho de estos a seguir residiendo en la casa. Significa que la falta de necesidad de vivienda, ya sea en la apertura de la sucesión o en un momento posterior, será el factor que impedirá que a favor de los legitimarios no discapacitados se origine el derecho a mantenerse conviviendo en la vivienda familiar o la causa de la extinción del mismo. En definitiva, es el elemento que interrumpirá, en el momento del deceso del causante o posteriormente, la continuidad en la convivencia del resto de coherederos forzosos en la vivienda habitual. Consecuencia que no variará por la

---

<sup>1405</sup> RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 11; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 222 – 223. Véase, además, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Aspectos Controvertidos del Legado de Habitación Previsto por el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 154.

<sup>1406</sup> Énfasis suplido.

circunstancia de que a estos eventualmente les surja la genuina necesidad de vivir en dicho bien inmueble.<sup>1407</sup>

Es importante destacar que con esta limitación que se impone sobre el derecho de habitación del legitimario discapacitado, el legislador, de alguna manera, pretende balancear los intereses de este con los del resto de coherederos forzosos no discapacitados. Más concretamente, era su interés que al perjuicio cuantitativo y, seguramente, cualitativo que los legitimarios no discapacitados deberán sufrir en su porción legal, por razón de la imposición de este derecho real sobre la vivienda habitual, no se le añadiera la obligación de tener que abandonar inmediatamente el que también viene siendo su hogar familiar. De ahí que viabilice que todos puedan convivir en la casa, siempre que, como hemos señalado, en el caso de los herederos forzosos no discapacitados ya hubieran estado conviviendo en ella y la necesidad de alojamiento no solo exista al fallecimiento del causante, sino que se mantenga durante el transcurso del tiempo.<sup>1408</sup>

Hay que aclarar, no obstante, que el derecho de los coherederos forzosos no discapacitados a permanecer en la vivienda familiar no participa de la misma naturaleza del derecho de habitación que el legitimario discapacitado posee respecto a esta. Mientras este último es un derecho real sobre cosa ajena, el primero no pasa de ser un simple derecho de convivencia, es decir, una facultad de carácter personal. Este derecho que se le concede a los legitimarios que no tienen discapacidad, recuerda al uso que respecto a la vivienda familiar se le atribuye, por virtud del art. 96 del CC, a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, como resultado de un caso de nulidad, separación o divorcio. Con la evidente diferencia de que, contrario a la atribución del uso de la vivienda familiar como parte de un proceso de nulidad, separación o divorcio, el art. 822.2 del CC crea un derecho de convivencia a favor de los legitimarios no discapacitados, que no está sujeto ni al acuerdo entre las partes ni a la decisión del Juez.

Dos consideraciones esenciales fundamentan este criterio.<sup>1409</sup> Primero, el texto del art. 822.2 del CC no califica expresamente al derecho de los legitimarios no discapacitados como

---

<sup>1407</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 91; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 223 – 224; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 32.

<sup>1408</sup> RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 11; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 31; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1493 - 1494.



un derecho de habitación. Un derecho real de habitación no puede ser resultado de una presunción, sino que debe haberse constituido explícitamente con dicho carácter. Si el legislador hubiera tenido la intención de tutelar con el mismo nivel de protección, es decir, con la naturaleza de un derecho real de habitación, a todos los legitimarios que tuvieran una necesidad de alojamiento, no debió haberse referido específicamente al derecho del legitimario con discapacidad como uno de habitación y expresarse en términos generales de convivencia al aludir al derecho de los demás coherederos forzosos no discapacitados. Segundo, y más importante aún, un derecho de habitación expresamente constituido sobre la vivienda habitual a favor de los legitimarios no discapacitados podría suponer un gravamen a la porción legal del discapacitado, lo que no solo no está exceptuado por la aplicación del art. 822 del CC, sino que contradice la finalidad general de la LPPPD, que no es otra que favorecer patrimonialmente a las personas discapacitadas, y la específica de este precepto, que está explícitamente dirigida a la protección de aquellos legitimarios que, además, tienen la condición de discapacitados, proveyéndole tanto un alojamiento vitalicio en lo que viene siendo su hogar familiar como dándole un beneficio económico adicional a su legítima.

Aunque esta obligación que se impone al titular de un derecho de habitación especial atribuido por ley, de tener que tolerar que, mientras lo necesiten, los restantes legitimarios sigan conviviendo con él en la vivienda habitual, no se hace expresamente extensiva a la modalidad de constitución voluntaria de este derecho real, coincidimos con aquellas autoras<sup>1410</sup> que sostienen que esta exigencia debe aplicarse, salvo disposición en contra del causante, también respecto a este supuesto. Tal derecho personal de convivencia, en lo esencial, no contraviene el interés del legitimario discapacitado. Más bien, contribuye a que los demás coherederos forzosos sin discapacidad no se perjudiquen más aún con el derecho de habitación excepcional concedido al legitimario discapacitado, puesto que no se verán

---

<sup>1409</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, págs. 6106 - 6107, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 4031; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 155.

<sup>1410</sup> FUENTESECA DEGENEFTE, C., «Aspectos Sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», *op. cit.*, págs. 1757 – 1758; DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 311, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 873, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 32, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 104. En contra de este parecer, AMAT LLARI, M<sup>a</sup> E., «La Protección del Discapacitado en el Ámbito Laboral y en relación a la Vivienda», *op. cit.*, pág. 33; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Aspectos Controvertidos del Legado de Habitación Previsto por el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 155.

obligados a tener que dejar de residir en el hogar familiar, si tienen una real necesidad de vivienda. Situación de convivencia que podrán, incluso, mantener, mientras persista dicha carencia.

#### B. Conjunción entre el derecho de habitación especial y los derechos de atribución preferente reconocidos en los arts. 1406 y 1407 del CC

Una vez se disuelve el vínculo matrimonial por causa del fallecimiento de uno de los consortes, será preciso que, por haberse casado sujetos al régimen económico de gananciales, la sociedad legal de gananciales sea disuelta y liquidada para conocer los bienes concretos sobre los que el cónyuge premuerto tenía poder exclusivo para disponer *mortis causa* de ellos y así proceder a la eventual partición de su patrimonio hereditario. En ese proceso de partición de los bienes gananciales, el cónyuge supérstite tiene derecho a que, conforme a los arts. 1406 y 1407 del CC<sup>1411</sup>, se incluya preferentemente en su haber, hasta donde este alcance, la vivienda en la que tuviera su residencia habitual. Dos opciones tiene el cónyuge viudo para hacer efectivo este derecho de atribución preferente. Puede elegir que la casa le sea atribuida en propiedad o escoger que en su beneficio se constituya un derecho de uso o habitación sobre la misma. Con la salvedad de que deberá abonar en efectivo la diferencia que se origine debido a que el valor del bien inmueble o del derecho real adjudicado supera al de su haber.

De acuerdo al apartado cuarto del art. 822 del CC, este derecho de adjudicación preferencial que se le reconoce al cónyuge sobreviviente, a través de los arts. 1406 y 1407 del CC, no se verá afectado por el derecho de habitación especial, ya este se hubiera constituido voluntariamente o por ministerio de la ley. Específicamente, dicho precepto dispone que «[l]o dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación». Esta norma, leída aisladamente del resto de los párrafos del art. 822 del CC y abstrayéndola de otros preceptos del CC relevantes, como, por ejemplo, de los arts. 1379 y 1380 del CC, para su correcta interpretación, aparenta dar la impresión de que en todo caso y ante cualquier supuesto existirá compatibilidad entre ambos derechos. Más concretamente, que será viable un derecho de habitación excepcional constituido sobre una vivienda habitual ganancial, tanto si este bien inmueble se adjudica en plena propiedad al caudal hereditario del

---

<sup>1411</sup> Para conocer en mayor detalles esta figura jurídica, puede consultarse: RAMS ALBESA, J. J., «Las Atribuciones Preferentes en la Liquidación de la Sociedad de Gananciales (Régimen y Naturaleza): Segunda Parte», en *R.C.D.I.*, núm. 568, Mayo – Junio 1985, págs. 927 – 1069, «Las Atribuciones Preferentes en la Liquidación de la Sociedad de Gananciales (Régimen y Naturaleza): Primera Parte», en *R.C.D.I.*, núm. 568, Mayo – Junio 1985, págs. 727 – 836.

causante como si, producto del ejercicio de los derechos de atribución preferente, el mismo es incluido en el haber del cónyuge supérstite.

Sin embargo, a nuestro parecer, tal pretensión es más bien otra evidencia adicional de los problemas y deficiencias técnica jurídicas que se hicieron manifiestos a través del texto de la LPPPD. En la medida en que existe una clara discrepancia entre la vivienda habitual que da origen a cada uno de los aludidos derechos. Los derechos de atribución preferente del cónyuge viudo parten de una vivienda familiar habitual, cuya titularidad es de ambos esposos, puesto que se trata de un bien inmueble que tiene carácter ganancial.<sup>1412</sup> Mientras, el derecho de habitación especial parte, única y exclusivamente, de una vivienda habitual en la que el disponente, donatario o testador, o el causante, en general, es su efectivo titular. Esta simple distinción, ya de entrada, es indicativa de que habrán algunos supuestos en los que no se podrá dar la coexistencia entre los aludidos ambos derechos.

La norma del art. 822 del CC expresamente permite que a favor del legitimario discapacitado se atribuya, por donación, legado o por ministerio de la ley, un derecho de habitación especial que recaiga sobre una vivienda habitual de la que el causante es su único titular efectivo. Figura jurídica que, habiéndose constituido voluntariamente, mediante legado, o por virtud de la ley, se contempla, igualmente, aplicable en el supuesto de que a pesar de que su objeto sea una vivienda ganancial, esta haya sido atribuida a la herencia del causante, como resultado de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Situación fáctica en la que la constitución de un legado del derecho de habitación del art. 822 del CC no surtirá mayores inconvenientes porque, al no producirse la adjudicación de la vivienda a favor del cónyuge sobreviviente que ejerce su derecho de adquisición preferente, según establecido en los arts. 1406.4 y 1407 del CC, no será necesario compatibilizar los derechos del discapacitado con los del viudo, sino, más bien, los del habitacionista con los adjudicatarios de la vivienda.<sup>1413</sup>

Cabe, además, la posibilidad de que este derecho real se conceda a través de una escritura de donación otorgada por ambos cónyuges, ya se tratara de un acto de disposición a título gratuito sobre una vivienda habitual de carácter ganancial, conforme se viabiliza en los arts. 1375 y 1378 del CC, e incluso hasta de un acto de disposición de un bien privativo que

---

<sup>1412</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., «Artículo 1406 del CC», *op. cit.*, pág. 1551; NIEVES MORALES, I., «Artículo 1406 del CC», *op. cit.*, págs. 1896 – 1897; GARCÍA URBANO, J. M<sup>a</sup>, «Artículo 1406 del CC», *op. cit.*, pág. 40; SAP de Asturias, núm. 7, de 10 de enero de 2003, Sección 5<sup>a</sup>, (JUR 2003/39899); SAP de Asturias, núm. 299, de 11 de junio de 1998, Sección 5<sup>a</sup>, (AC 1998/1297). Véase, además, CABEZUELO ARENAS, A. L., «Comentario a la Sentencia de 16 de marzo de 2007» en *R.C.C.J.C.*, Parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios, BIB 2008/119, núm. 76, 2008, págs. 5 – 11; STS núm. 354 de 16 de marzo de 2007, Sala Civil, Sección 1<sup>a</sup>, (RJ 2007/1861).

<sup>1413</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, pág. 6108.

constituye la vivienda familiar, según se autoriza en el art. 1320 del CC. Bajo este contexto, no se vería afectado el derecho de habitación constituido voluntariamente a través del mecanismo de la donación, si eventualmente el cónyuge supérstite, producto de ejercitar el derecho de adquisición preferente que le confiere los arts. 1406.4 y 1407 del CC, adquiere la propiedad de la vivienda familiar sobre la que recae este derecho real. Es decir, el cónyuge viudo será dueño exclusivo de la casa, pero soportando la afectación que le representa el derecho de habitación especial.<sup>1414</sup> Siendo evidente que en efectos prácticos la carga del derecho de habitación del art. 822 del CC conllevará para el cónyuge sobreviviente una rebaja en el valor que se asigne a la propiedad del hogar familiar. De manera que, según dispuesto en el art. 822.4 del CC, el derecho de propiedad del cónyuge supérstite y el derecho de habitación del legitimario con discapacidad coexistirán respecto a la vivienda habitual.

Esa coexistencia entre el derecho del discapacitado y el del viudo, que se impulsa a través del art. 822.4 del CC, puede llevar, incluso, a una futura convivencia entre estos sujetos. Ello, si el cónyuge supérstite, al ejercitar su derecho de atribución preferente, regulado en el art. 1406 del CC, opta porque se le beneficie, conforme al art. 1407 del CC, con la constitución de un derecho de uso o habitación sobre la vivienda habitual. Opción que en términos económicos le va a significar una reducción en el valor de su derecho de habitación, por causa del derecho de habitación del discapacitado que también recae, por virtud del art. 822 del CC, sobre la vivienda familiar. Es decir, del valor del derecho de uso o de habitación del cónyuge viudo se deberá descontar el valor del derecho de habitación especial del legitimario discapacitado. En otros términos, la elección de esta alternativa provocará la coexistencia de dos derechos reales de habitación y, por ende, la circunstancia de una convivencia, en principio, vitalicia entre el cónyuge sobreviviente, el legitimario discapacitado y sus respectivos familiares, que pudiera convertirse en conflictiva debido a la falta de compatibilidad entre las necesidades de los habitacionistas y la estructura arquitectónica de la casa.<sup>1415</sup> Resultando más problemática aún esa convivencia en la

---

<sup>1414</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, pág. 6108; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Aspectos Controvertidos del Legado de Habitación Previsto por el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 151. Véase, además, LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 208.

<sup>1415</sup> BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1148 – 1149. Véase, también, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 822 del CC», *op. cit.*, pág. 942; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, pág. 6109; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 12; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», *op. cit.*, pág. 2941; FUENTESECA DEGENEFTE, C., «Aspectos Sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con

vivienda habitual, si la misma se da entre un hijo discapacitado del causante y el viudo que no es su progenitor.<sup>1416</sup> Sin que pueda descartarse lo difícil que podría también ser la convivencia entre un ascendiente legitimario con discapacidad del fallecido y el viudo de su descendiente.<sup>1417</sup> Aunque tampoco puede descartarse, del todo, la posibilidad de que ocurriera todo lo contrario y que la relación fuera buena, por razón de que ambos ya venían conviviendo con el causante. Ante esta disyuntiva, se ha llegado a plantear que la aplicación del art. 822.4 del CC se debe limitar a los siguientes supuestos: (1) cuando el cónyuge viudo sea el progenitor del legitimario discapacitado, que ha sido beneficiado con el derecho de habitación especial; o (2) en el caso de que el titular del derecho de atribución preferente hubiera aceptado de forma voluntaria el derecho de habitación excepcional conferido al legitimario con discapacidad.<sup>1418</sup>

Evidentemente, no habrá problema alguno de coexistencia de derechos y convivencia, si el cónyuge viudo es el legitimario beneficiado con el derecho de habitación excepcional. Este ya contaba con la preferencia de disfrutar de la vivienda familiar que le concedía el art. 1406.4 del CC, pero con la aplicación del art. 822 del CC a su favor, ya no tendrá que

---

Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», *op. cit.*, pág. 1758.

<sup>1416</sup> AMAT LLARI, M<sup>a</sup> E., «La Protección del Discapacitado en el Ámbito Laboral y en relación a la Vivienda», *op. cit.*, págs. 33 – 34; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Aspectos Controvertidos del Legado de Habitación Previsto por el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 151; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 501 – 502; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 155 y nota 33, aunque también reconoce que en otros muchos casos, esa convivencia podría ser beneficiosa y conveniente para el discapacitado, puesto que contaría con una atención personal directa y constante.

<sup>1417</sup> RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 33; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Aspectos Controvertidos del Legado de Habitación Previsto por el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 151.

<sup>1418</sup> BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, pág. 1149, citando en ese sentido a RAMS ALBESA, *Elementos V*, pág. 405; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., «Artículo 1406 del CC», *op. cit.*, pág. 1551. Coincidiendo con esta postura, SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 155, señala que se debe evitar la coexistencia entre los derechos del discapacitado, los colegitimarios y el viudo y, por ende, su convivencia entre sí, en el caso de que se trate de hijos extramatrimoniales y de un cónyuge supérstite no progenitor. Es su parecer que, ante estos supuestos, se debe dar preferencia al derecho de habitación del legitimario discapacitado y, en aplicación analógica del art. 149 sobre materia de alimentos, ofrecer una pensión al coheredero forzoso no discapacitado y al cónyuge sobreviviente. Véase, además, DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 377, que solo promueve la convivencia pacífica de varios derechos de habitación. En contra, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, pág. 6109, comenta que el legislador ha optado por la coexistencia entre dos derechos reales de habitación, aun sabiendo que en la práctica era posible que se suscitaran problemas entre los respectivos titulares. Además de que no puede impedir que surjan los problemas de convivencia entre el viudo y el discapacitado o entre uno de ellos y la familia del otro, por el hecho de que los habitacionistas, respectivamente, sean ascendientes y descendientes entre sí, o que, voluntariamente, el cónyuge supérstite hubiera aceptado el derecho de habitación excepcional concedido al legitimario discapacitado.

computar en su haber dicha atribución.<sup>1419</sup> No solo eso, es que, además, en el caso de que la vivienda no fuera ganancial, por lo que no serían aplicables los arts. 1406 y 1407 del CC, el cónyuge sobreviviente discapacitado podría beneficiarse del derecho de habitación del art. 822 del CC.

A este momento, la pregunta obligada sería si la pretensión de coexistencia entre el derecho del discapacitado y el del viudo, que se promueve mediante el art. 822.4 del CC, puede ser posible en el caso de que este último opte por ejercitar su derecho de adquisición preferente sobre la propiedad de la vivienda habitual de carácter ganancial, que resulta ser el objeto sobre el que, precisamente, recae el legado del derecho de habitación especial que el cónyuge premuerto hubiera atribuido en beneficio del legitimario con discapacidad. Sobre este asunto, igual que ante tantos otros, no existe coincidencia en la doctrina.

De una parte, están aquellos que sostienen que con la aludida elección el cónyuge sobreviviente estaría excluyendo a la vivienda ganancial, que constituía su residencia habitual, de la herencia de su consorte fallecido y, en consecuencia, habría eliminado la posibilidad de que esta quedara afectada por el derecho de habitación del art. 822 del CC. Más concretamente, se entiende que bajo este supuesto el legado del derecho de habitación especial estaría sometido a los parámetros del art. 1380 del CC, que establece que «[l]a disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario[,] se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento». Se hace, así, equivalente un bien ganancial con un derecho que grava un bien ganancial.

De manera que si la vivienda ganancial y habitual es adjudicada en propiedad al cónyuge viudo, por virtud de haber ejercitado el derecho de atribución preferente que le conceden los arts. 1406.4 y 1407 del CC, el legado del derecho de habitación especial no podrá entregarse porque el bien no entró en el caudal hereditario del causante. En ese sentido, a favor del legitimario discapacitado, únicamente, se entenderá legado, conforme el art. 1380 del CC, el valor que tuviera el derecho de habitación excepcional en el momento del deceso del testador, por lo que el legatario discapacitado estaría percibiendo una compensación en sustitución de su derecho de habitación. Se acepta que con esta estimación

---

<sup>1419</sup> ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», *op. cit.*, pág. 2941; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 872, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 311, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 102, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 31.

no se da cumplimiento a la finalidad del derecho real de habitación del art. 822 del CC, que es proveerle un alojamiento, de ordinario, vitalicio al legitimario discapacitado en el bien inmueble que ha venido funcionando como su hogar familiar. A pesar de ello, se considera que ese valor económico es mejor que dejar sin beneficio alguno al discapacitado, en la medida en que esta alternativa resulta coherente con el propósito que inspira a la LPPPD, que tiene que ver con la protección patrimonial de las personas que forman parte de este sector vulnerable.<sup>1420</sup>

Otros autores<sup>1421</sup>, por su parte, opinan que se deben interpretar armónicamente los arts. 822.4 del CC y el 1380 del CC, para evitar que se desvirtúe la finalidad que el legislador perseguía mediante la aplicación de la institución del derecho de habitación excepcional, que, como hemos establecido, tiene que ver con satisfacer la necesidad de vivienda del legitimario con discapacidad, al permitirle permanecer en el hogar familiar. Específicamente, que el art. 822.4 del CC debe verse como una excepción a la solución que en el art. 1380 del CC se vislumbra para los legados de cosa ganancial, y que en el caso objeto de estudio se refiere a un derecho que recae sobre un bien ganancial, que no se hacen formar parte de la herencia del cónyuge fallecido. La propuesta es que sea el legitimario discapacitado el que escoja si el legado del derecho de habitación atribuido a su favor se ejecuta *in natura*.<sup>1422</sup> Con esta interpretación, se entiende que se alcanzan dos objetivos importantes.

---

<sup>1420</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, pág. 6108; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, pág. 34; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 869 - 870, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 308, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, págs. 99 - 100, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 29 - 30; NOGUERA NEBOT, T., «El Legado de Derecho de Habitación Regulado en el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 487 - 488. Por su parte, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1148, también apoya que se le aplique los efectos del art. 1380 del CC al derecho de habitación especial que hubiese sido constituido por el consorte premuerto sobre la vivienda ganancial que viene a ser la residencia habitual del viudo, en el caso de que la propiedad de esta se le hubiera atribuido al cónyuge supérstite, luego de que este ejercitara el derecho de adquisición preferente que se le otorga a través de los arts. 1406 y 1407 del CC. Quizás, debido a esta perspectiva es que puede entenderse su afirmación de que «[l]a atribución preferente del derecho de propiedad al cónyuge supérstite es perfectamente compatible con el respeto al derecho de habitación a favor del legitimario persona con discapacidad...».

<sup>1421</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 94 - 95; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 149; RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 822 del CC», *op. cit.*, pág. 871. Véase, además, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 822 del CC», *op. cit.*, pág. 942; RUIZ - RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 12; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Aspectos Controvertidos del Legado de Habitación Previsto por el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 152.

Por un lado, que no se desvanezcan las expectativas del discapacitado de satisfacer su necesidad de vivienda permaneciendo en la casa familiar, solo por el hecho de que el cónyuge sobreviviente ejercite el derecho de atribución preferente, que le faculta a optar por la adjudicación de la plena propiedad de la vivienda ganancial y habitual, objeto del derecho real de habitación del art. 822 del CC, o que sobre esta se constituya a su beneficio un derecho de uso o habitación. Posibilidad que defraudaría el propósito de la norma, más aún en el caso de que el cónyuge viudo no sea progenitor del discapacitado.

Por otro lado, se considera que de esta forma se cumple con el espíritu del art. 822 del CC, que busca que el derecho de habitación especial se satisfaga *in natura* y no con la entrega al discapacitado de su valor en efectivo. Pudiéndose, así, lograr la coexistencia, respecto a la vivienda habitual, que en el art. 822.4 del CC se contempla entre el derecho de habitación especial del legitimario con discapacidad y el derecho de propiedad o de uso o habitación del cónyuge supérstite.

Cierto autor<sup>1423</sup>, en cambio, rechaza la aplicación del art. 1380 del CC en el supuesto examinado porque considera que la solución que se promueve mediante este precepto no es consona con el propósito que el legislador ambiciona para el art. 822 del CC. Entiende más acertada la respuesta que brinda el art. 864 del CC, donde se dispone que «[c]uando el testador, heredero o legatario tuviesen sólo una parte o un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero».

Apoya su criterio, también, en que el art. 1380 del CC se dictó para atender únicamente el supuesto en el que el cónyuge testador premuere y es su óbito el que determina la

---

<sup>1422</sup> Con una postura, enteramente, contraria, con la que no estamos de acuerdo, DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 376 – 377, opina que el legitimario discapacitado perderá la posibilidad de disfrutar *in natura* del derecho de habitación del art. 822 del CC y tendrá que, en aplicación del art. 1380 del CC, conformarse con la compensación del valor económico de este derecho real, tanto si al cónyuge viudo, como resultado del ejercicio de su derecho de atribución preferente, se le confirió la propiedad de la vivienda habitual como si solo se le atribuyó un derecho de uso o habitación, respecto a esta. Esto bajo el criterio, que claramente no compartimos, de que de todas formas el bien inmueble se habría adjudicado al haber del cónyuge supérstite. No obstante, reconoce que esta perspectiva contradice la finalidad de la norma que es otorgarle al discapacitado una vivienda digna y evitarle los trastornos de tener que irse de la casa en la que ha estado residiendo. Puesto que, a través de ella, el legitimario discapacitado se quedaría fuera de la vivienda habitual. Lo que le lleva a pensar que la solución más recomendable sería la convivencia entre varios derechos de habitación, siempre que fuera en forma pacífica.

<sup>1423</sup> SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 500 – 501, tomando como referencia la interpretación que DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, Ed. La Ley, Madrid, 1990, pág. 114, «El Legado de Cosa Ganancial», en A.D.C., Núm. 2, 1952, págs. 500 y 508 - 510, hace al analizar conjuntamente el legado de cosa ganancial y el legado de cosa propia y ajena del art. 864 del CC, respecto al supuesto de que el cónyuge testador, que incluye una disposición testamentaria de un bien concreto perteneciente a la comunidad conyugal, fallece después de que la sociedad de gananciales se hubiera disuelto y liquidado.



liquidación y disolución de la sociedad de gananciales. Este precepto, por tanto, no se considera aplicable ante el hecho inverso en el que, además, el testador sobrevive a la liquidación y disolución de la sociedad. Ya que el bien deja de ser ganancial, una vez liquidada la sociedad. Con la consecuencia de que, bajo este contexto, la vivienda habitual pueda haberse atribuido al lote del testador, al de los herederos del cónyuge fallecido o proindiviso a ambos lotes.

En la primera situación fáctica, el derecho de habitación especial resultará efectivo porque la vivienda habitual, originalmente de carácter ganancial, pasaría a ser vivienda propia del cónyuge testador, con la liquidación y disolución de la sociedad de gananciales. Distintamente, el derecho de habitación del art. 822 del CC quedaría sin efecto bajo el segundo supuesto, por las siguientes dos consideraciones: (1) posiblemente no se cumplirá el requisito de convivencia entre los herederos del cónyuge fallecido y el legitimario discapacitado; (2) la adjudicación de este derecho real de habitación no se efectuó con el carácter de cosa ajena, puesto que en vida del cónyuge testador la vivienda habitual resultó serle completamente ajena. Finalmente, ante la tercera circunstancia será aplicable el art. 864 del CC, siempre que siga tratándose de la vivienda habitual y que hasta la muerte del cónyuge testador continúe en ella la convivencia entre este y su legitimario discapacitado.

Por nuestra parte, interpretamos el art. 822.4 del CC a los efectos de que la constitución del derecho de habitación especial no está en contraposición con el derecho de atribución preferente que el cónyuge supérstite está facultado a ejercer por virtud de los arts. 1406 y 1407 del CC<sup>1424</sup> y que, en lo pertinente, tiene que ver con la opción de que se le atribuya la plena propiedad de la vivienda habitual y ganancial o de que sobre esta se le conceda un derecho de uso o habitación. Dicho precepto enfatiza en que cualquiera de estos derechos que le sean atribuidos preferentemente al viudo «coexistirán» con el derecho de habitación excepcional. No obstante, es nuestro parecer que el énfasis que se confiere a la coexistencia de estos derechos no debe asumirse en términos literales, sino respecto a aquellas circunstancias en las que sea jurídicamente posible.

---

<sup>1424</sup> Es importante destacar que la aplicación de estos preceptos, también, pueden incidir en la intangibilidad cualitativa de la legítima de aquellos que concurran con el consorte sobreviviente a la sucesión del causante. Por ejemplo, si el cónyuge supérstite optara por ejercer su derecho de adjudicación preferente para quedarse con la propiedad de la residencia habitual del matrimonio y esta resulta ser el bien principal de la herencia, ello significará que el resto de herederos forzosos deberán conformarse con percibir su legítima, total o parcialmente, con el metálico extrahereditario que el viudo tendría que abonar por exceder el valor del inmueble de lo que le correspondería por gananciales. Si, en cambio, este decide que se constituya a su favor un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, el mismo implicará un gravamen sobre la porción legal del resto de legitimarios. REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., págs. 139 – 141 y 143 – 147, *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, op. cit., págs. 503 – 505 y 506 – 511.

Por ejemplo, en el caso en que ambos cónyuges otorgaran una escritura para donarle a su hijo discapacitado el derecho de habitación del art. 822 del CC sobre la vivienda habitual y ganancial. Si el cónyuge supérstite, en el proceso de liquidación de la sociedad conyugal, ejerce su derecho de adquisición preferente y adquiere la propiedad de la casa, deberá asumir la misma sujeta al gravamen del derecho real de habitación que había autorizado, junto a su consorte fallecido, mediante el mecanismo de la donación. Significa que bajo este supuesto coexistirán el derecho de propiedad del viudo sobre la vivienda familiar y el derecho de habitación especial del legitimario discapacitado. También, será jurídicamente viable que coexistan el legado de derecho de habitación especial atribuido por el cónyuge muerto sobre la vivienda habitual y ganancial y el derecho de uso o habitación del cónyuge sobreviviente, si este optó por esta alternativa al ejercitar su derecho de atribución preferente.

Sin embargo, en términos jurídicos, esa coexistencia será imposible si el cónyuge premuerto constituyó un legado de derecho de habitación especial sobre la vivienda habitual de carácter ganancial y, producto de ejercer su derecho de adquisición preferente, al cónyuge viudo se le atribuye la plena propiedad de dicho inmueble. Es importante tener presente que si bien los cónyuges están facultados, según el art. 1379 del CC, a disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales, tal disposición testamentaria, conforme al art. 1380 del CC, solo surtirá todos sus efectos si los mismos se adjudicaron al caudal hereditario del testador. En otras palabras, que como el cónyuge no tiene un exclusivo poder dispositivo sobre bienes concretos, el art. 1380<sup>1425</sup> del CC viene a subordinar la aplicación del legado de bien ganancial al resultado obtenido por la disolución, liquidación y partición de la sociedad de gananciales.<sup>1426</sup> Lo que significa que como el derecho de atribución preferente está

---

<sup>1425</sup> Este precepto se aplica analógicamente en el contexto de que, después de haberse liquidado la sociedad de gananciales por el fallecimiento de uno de los consortes, el cónyuge supérstite ordene un legado de un bien de la comunidad post ganancial y muera previo a su división. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, en la STS núm. 465 de 11 de mayo de 2000, Sala Civil, (RJ 2000/3926), al expresarse en los siguientes términos: «Siendo una cuestión no regulada, es decir, una relación jurídica sobre la que el ordenamiento no ha dictado norma, se da el caso de laguna de la ley, que debe resolverse aplicando la analogía, tal como prevé el artículo 4.1 del Código Civil y la norma que deberá aplicarse es la del artículo 1380 del Código Civil que contempla la validez del legado de cosa ganancial y su efectividad. En efecto entre el supuesto regulado – legado de cosa ganancial – y el no regulado – legado de cosa de comunidad post ganancial – se dan los presupuestos para la aplicación de la norma por analogía [...] [E]n primer lugar: el supuesto específico no regulado, como es el caso de legado de cosa de comunidad post ganancial y, en segundo lugar, identidad de razón: si el legado es de cosa de la comunidad ganancial, los esposos comuneros carecen de poder de disposición exclusivo sobre la misma [...], al igual que si es de comunidad post ganancial, y en uno y en otro caso, la cosa puede ser adjudicada al que dispuso de la misma, al hacer la liquidación de los gananciales, en la primera, o la división de la comunidad, en la segunda. Véase, también, STS núm. 419 de 28 de mayo de 2004, Sala Civil, (RJ 2004/3252); RDGRN núm. 558 de 10 de diciembre de 2012, (RJ 2013/714); DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Disposición Testamentaria de los Bienes Gananciales (Régimen Jurídico)», en *A.D.C.*, Núm. 3, 1990, págs. 819 – 820.

<sup>1426</sup> Sobre el particular, más específicamente, el Tribunal Supremo, en la STS núm. 856 de 28 de septiembre de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/7290), resolvió que: «... el bien ganancial legado, aunque sea indisponible para el testador al tiempo del otorgamiento, puede quedar plenamente integrado en el caudal hereditario. [...] Con todo

encuadrado dentro del proceso de liquidación y división de la comunidad de bienes gananciales, de suscitarse cualquier choque entre este derecho y la disposición testamentaria efectuada sobre la vivienda familiar y ganancial, esta última tendrá que ceder ante el primero, con las respectivas soluciones que ya están contempladas por el art. 1380 del CC.<sup>1427</sup> Nos referimos a que si la cosa se adjudica al lote del testador, la disposición se cumplirá *in natura*. En cambio, si se confiere al del cónyuge sobreviviente, lo que se entenderá legado será el valor del bien ganancial al momento del óbito del cónyuge disponente. En cualquiera de los casos, el límite económico de la disposición estará fijado por lo que, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1379 del CC, le corresponda al testador en la liquidación de la sociedad de gananciales.<sup>1428</sup>

Coincidimos con el sector de la doctrina que entiende que la solución que provee el art. 1380 del CC para el legado de cosa ganancial también resulta aplicable para el legado de un derecho, en nuestro caso de habitación, que se constituye sobre un bien ganancial. No favorecemos la teoría de que bajo el contexto discutido la mejor propuesta la provee el art. 864 del CC. Es sencillo, del art. 822.4 del CC se desprende que estamos ante un supuesto en el que la muerte del cónyuge testador que constituyó el legado del derecho de habitación especial sobre la vivienda habitual y ganancial es el suceso que propicia la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. De ahí que en dicho precepto se puntualice que el consorte sobreviviente podrá ejercitar su derecho de atribución preferente en cuanto al bien inmueble en el que se ha mantenido residiendo. Significa que cuando el testador premuerto estableció la aludida sucesión a título particular, la casa sobre la que la hizo recaer pertenecía a la comunidad conyugal de bienes. Entidad jurídica que fundamentalmente es representativa de un caso de patrimonio en comunidad o, lo que es lo mismo, un ejemplo de comunidad germánica o en mano común, en la que los consortes no cuentan con una participación específica.

---

lo anterior, sólo se hace seguirse lo proclamado en gran parte de la doctrina científica moderna, cuando dice que el artículo 1380 Código Civil, permite que cualquiera de los cónyuges pueda disponer por testamento de un bien ganancial pese a que antes de la partición de la sociedad legal de gananciales, ninguno de los cónyuges tiene poder de disposición exclusivo sobre cualquiera de los bienes que forman su activo ni a ninguno le pertenece».

<sup>1427</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Disposición Testamentaria de los Bienes Gananciales (Régimen Jurídico)», *op. cit.*, págs. 828 – 829; RAMS ALBESA, J. J., «Las Atribuciones Preferentes en la Liquidación de la Sociedad de Gananciales (Régimen y Naturaleza): Segunda Parte», *op. cit.*, pág. 1034.

<sup>1428</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1986-1987; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Disposición Testamentaria de los Bienes Gananciales (Régimen Jurídico)», *op. cit.*, págs. 817 – 818 y 822. Para conocer más sobre la figura del legado de cosa ganancial, puede verse: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Legado de Cosa Ganancial», *op. cit.*, págs. 467 – 551; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Disposición Testamentaria de los Bienes Gananciales (Régimen Jurídico)», *op. cit.*, págs. 793 - 849; REQUIXO SOUTO, X. M., «Capítulo 30: Clases de Legados», *op. cit.*, págs. 1229 - 1231.

Contexto que explica el por qué a pesar de que cada interesado tiene la facultad de disponer de sus derechos en la comunidad, tal disposición solo podrá hacerla en base a su posición jurídica global como comunero y no en cuanto a su cotitularidad en bienes o derechos concretos existentes en la sociedad de gananciales. También, sirve para justificar el hecho de que ambos partícipes únicamente pueden instar una acción de división respecto al patrimonio en su conjunto y no así en relación con cada uno de los componentes que integran el mismo. Además de que permite darle sentido a la circunstancia de que cada cónyuge tiene derecho a exigir que se reparta el patrimonio común, después que se hubiera liquidado el pasivo que estuviera afectándolo. En definitiva, todas estas características son indicativas de que la participación de los cotitulares en la sociedad de gananciales es con relación a la totalidad del patrimonio común y no individualmente en cuanto a cada una de las cosas que lo integran.<sup>1429</sup>

Ello implica que el cónyuge premuerto no le podrá atribuir directamente al legitimario discapacitado un legado de derecho de habitación especial que hubiese constituido sobre una vivienda habitual y ganancial, en consideración a los derechos que sobre la misma le corresponden. Este es solo un partícipe en la comunidad, cuyos derechos no están bien determinados cuantitativamente, es decir, carece de una cuota o parte indivisa sobre cada uno de los bienes que la componen, y por lo mismo no puede disponer de ellos aislada, individual y unilateralmente. A lo que se añade que la propia naturaleza del derecho real de habitación, que faculta a su titular y a su familia a ocupar en una casa ajena las piezas que sean necesarias, impide que este recaiga sobre la mitad indivisa de la vivienda habitual y ganancial que constituye su objeto.<sup>1430</sup> Por lo que, en coherencia con el art. 1380 del CC, los efectos del legado del derecho de habitación excepcional estarán sujetos al resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales, proceso que determinará si ese derecho expectante que tiene el cónyuge fallecido se concretiza o no con la propiedad exclusiva y excluyente del hogar familiar.

---

<sup>1429</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Legado de Cosa Ganancial», *op. cit.*, págs. 501 – 503.

<sup>1430</sup> RDGRN núm. 11614 de 5 de octubre de 2015, *supra.*; RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G., «Determinación del Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 2655. Comentar, sin embargo, que no estamos de acuerdo con las expresiones que en esta resolución hace el DGRN, en cuanto a que el notario puede subsanar el defecto de la escritura redactándola en términos de que el cónyuge fallecido lo que le adjudica a su hija es una «mitad indivisa del derecho de habitación de la casa», en vez del «derecho de habitación de la mitad indivisa de la vivienda». Nos persuade más la calificación que realizó la registradora, en la que concluyó «que solo en un futuro cuando la herencia de, cónyuge, doña F.C.G., contemple este mismo derecho de habitación y sus herederos junto con los actuales reúnan el pleno dominio de la finca podría llegar a inscribirse ese derecho de habitación, en tanto se produce este hecho resuelvo suspender la práctica del asiento solicitado».

Las reglas específicas del art. 864 del CC no son aplicables a un legado de bien ganancial.<sup>1431</sup> Como tampoco, por lógica, lo serán si se trata del legado de un derecho que recae sobre una cosa ganancial. Este precepto, primordialmente, se concibió para el supuesto de un legado normal y corriente de cosa en parte propia y en parte ajena, que constituye la base de una comunidad ordinaria y autónoma. Al ser un claro ejemplo de la forma de comunidad romana, la cosa objeto del legado pertenece a los condóminos en cuotas o partes proindiviso, motivo por el que cada comunero tendrá la potestad de disponer de ellas. Además de que cuentan con la acción de división de la cosa común para la realización de la cuota. Peculiaridades que hacen pensar que hay dos circunstancias esenciales implícitas en la aplicación del art. 864 del CC. Nos referimos a que sobre la cosa el testador, por un lado, tiene una parte bien determinada y, por otro lado, posee la autoridad para disponer de esta o enajenarla. Dos circunstancias que, como demostrado previamente, no están presentes en la modalidad de legado de cosa o derecho ganancial.<sup>1432</sup> Añadiéndose a estas discrepancias, que mientras, ordinariamente, la aplicación del art. 864 del CC tiene en cuenta el instante de la realización del legado, distintamente, el art. 1380 del CC toma en consideración el momento de la liquidación de la sociedad conyugal.<sup>1433</sup>

Indiscutiblemente, el Código Civil pretende que el art. 1380 ofrezca soluciones diferentes a las que se viabilizan a través de las otras modalidades de legados. Si se dispone a título de legado de un bien o derecho ganancial, el mismo, obviamente, ni podrá ser de cosa propia ni tampoco de cosa ajena, ya que este claramente le pertenece a la comunidad conyugal. Ni siquiera tras el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales se podrá hablar de legado de cosa propia o legado de cosa ajena, a causa de que el bien objeto del legado hubiera sido atribuido, respectivamente, al lote del testador o al del cónyuge sobreviviente. Por un lado, al primer supuesto no podría resultarle aplicable el régimen del art. 882 del CC, puesto que este solo se activa si la cosa objeto del legado, además de ser específica y determinada, pertenece al testador en el momento de su fallecimiento, circunstancia que motiva que el legatario adquiera inmediatamente su propiedad o, en nuestro caso, el derecho de habitación sobre la vivienda ganancial. Por otro lado, la segunda

---

<sup>1431</sup> STS núm. 338 de 26 de abril de 1997, *supra*. Véase, además, EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., «Artículo 864 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo V, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 6357.

<sup>1432</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Legado de Cosa Ganancial», *op. cit.*, pág. 504.

<sup>1433</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Disposición Testamentaria de los Bienes Gananciales (Régimen Jurídico)», *op. cit.*, págs. 808 y 818.

configuración tampoco cabe, porque es imposible afirmar que la cosa no era en absoluto del testador en el instante de su deceso.<sup>1434</sup>

Sin embargo, sí habrá de acudirse a la disciplina general que resulta de las reglas establecidas en los arts. 861 y ss. del CC, que tienen que ver con las diversas formas de legado de cosa ajena, en el caso de que el cónyuge testador, al otorgar su testamento antes de la disolución de la sociedad de gananciales, hubiera constituido un legado de cosa o derecho ganancial y su óbito ocurre después de haberse liquidado la sociedad conyugal, pero antes de que este hubiese adaptado su última voluntad a los resultados definitivos de dicho proceso de liquidación.<sup>1435</sup> Ello, evidentemente, porque el legado ya no era de cosa o derecho ganancial cuando vino a surtir efecto su testamento. Situación que, como hemos sostenido, no es la que se vislumbra con el supuesto del art. 822.4 del CC, razón por la que estos preceptos no deben serle aplicables, sino más bien el art. 1380 del CC.

Tampoco apoyamos la idea de que si al cónyuge supérstite se le confiere preferentemente la propiedad de la vivienda familiar, el legitimario con discapacidad será el que decidirá si el derecho de habitación especial se le satisface *in natura* o con la entrega de su valor en efectivo. Ya que sería aceptar, lo que para nosotros es jurídicamente inviable, que aunque el bien ganancial objeto de la disposición testamentaria del cónyuge testador no fue incluido en su lote, sino en el de su cónyuge sobreviviente, este tenía poder dispositivo exclusivo sobre el mismo y que el legatario, por consecuencia, al adquirir derecho sobre la cosa legada, puede determinar cómo beneficiarse de este, si mediante dinero o con su propia naturaleza.

Es claro que si la normativa, contrario a este enfoque, establece que la efectividad de una disposición testamentaria que el cónyuge testador realiza respecto a un bien ganancial está sujeta al resultado que se obtenga de la liquidación y partición de la sociedad de gananciales y, en concreto, al hecho de que este le hubiera sido atribuido a su herencia, menos aún el legatario puede tener potestad alguna para decidir que la cosa que resultó no pertenecerle al disponente le sea atribuida *in natura*. Más claramente, si la liquidación de la sociedad conyugal desvela que la cosa ganancial objeto del legado del derecho de habitación especial era indisponible para el testador, el legatario no pudo haber adquirido tal derecho respecto a esta y, por lo mismo, está impedido de decidir cómo este será ejecutado en su beneficio. Es decir, no podrá elegir disfrutar del contenido concreto del derecho de

---

<sup>1434</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La Disposición Testamentaria de los Bienes Gananciales (Régimen Jurídico)», *op. cit.*, pág. 818.

<sup>1435</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A., «Artículo 864 del CC», *op. cit.*, pág. 6357. Véase, además, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Legado de Cosa Ganancial», *op. cit.*, págs. 508 – 510.

habitación especial, en la medida que ello implicará un gravamen sobre un bien que es propiedad del cónyuge viudo y no del disponente, por lo que solo tendrá que conformarse, según el art. 1380 del CC, con su valor monetario.

Asumimos esta postura porque es nuestro parecer que no es jurídicamente posible que el derecho de habitación especial coexista con el derecho de propiedad que el viudo adquirió sobre la vivienda familiar, por virtud de ejercitar su derecho de adquisición preferente. Conforme al art. 1380 del CC, el contenido específico del derecho real de habitación es reemplazado por una compensación económica, por lo que podría decirse que esta será la que existirá a la vez con el derecho de propiedad del cónyuge sobreviviente. Ahora bien, la pregunta obligada sería, si a esa cantidad en dinero le serán aplicables las beneficiosas consecuencias del art. 822 del CC o si, por el contrario, deberá someterse al régimen general del sistema legitimario.

Nosotros optamos por esta segunda alternativa. No cabe duda de que a favor del primer enfoque se podría argumentar que con este se logra la finalidad general de la LPPPD de proveerle protección patrimonial a las personas con discapacidad, a la misma vez que, al menos, en valor, el derecho de habitación excepcional coexistirá con el derecho de propiedad del viudo sobre el hogar familiar, cumpliéndose, así, de algún modo, y aunque no de forma concreta, la pretensión del párrafo cuarto del art. 822 del CC. Sin embargo, es incuestionable que con esta interpretación no se alcanza el objetivo esencial por el que el legislador redactó el art. 822 del CC, que tiene que ver con permitir que el legitimario discapacitado no sea perturbado en su alojamiento en la vivienda familiar, sino que se le deje continuar residiendo en ella, en principio, por el resto de su vida. Contexto sobre el que, precisamente, fue que se justificó y se entendió razonable que el derecho a la legítima del resto de herederos forzosos no discapacitados se vulnerara cuantitativa y cualitativamente con la imposición del derecho de habitación especial a favor del legitimario con discapacidad. Ni el texto del art. 822 del CC extiende la aplicación de los efectos de esta norma a una mera valoración económica de la aludida concreta pretensión, ni mucho menos esta es cónsona con la naturaleza de este tipo de derecho real limitativo de dominio y más importante aún con la intención de este particular precepto.

### C. Su intrasmisibilidad

Del art. 822.3 del CC claramente se entiende que el titular del derecho de habitación especial, ya este hubiera sido constituido voluntariamente por el testador o a través del ministerio de la ley, se encuentra imposibilitado de transmitir, por actos *inter vivos* o *mortis*

*causa*, el derecho real limitativo de dominio que en su beneficio le fue atribuido sobre la vivienda habitual. Disposición legal que es consecuente con el texto del art. 525 del CC, que, con carácter general y en lo pertinente, establece que el derecho de habitación no se puede «arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título». Y que también es coincidente con el del art. 108.3 de la LH de 1946 que, en ese mismo sentido, específicamente, añade que el mismo tampoco puede ser hipotecado. Cualidad de indisposición o de intransmisibilidad que es la que determina que este derecho, a su vez, sea inembargable, puesto que se trata de una adquisición a título gratuito.<sup>1436</sup>

Más importante aún, la destacada previsión resulta coherente con el propósito esencial de la figura jurídica del derecho de habitación especial, que es resolver el problema de alojamiento del legitimario discapacitado, permitiéndole que continúe residiendo, en principio, de forma vitalicia en la vivienda familiar. En otros términos, responde perfectamente al régimen excepcional que se contempla en el art. 822 del CC y que está justificado en beneficiar al legitimario con discapacidad. Objetivo que resalta el carácter personalísimo del que goza el derecho real de habitación, en su régimen ordinario y, por tanto, en el especial, que viene a ser la cualidad en la que, justamente, se fundamenta su condición de intransmisible. Significa que, en ningún caso y por ningún título, otra persona podrá sustituir al heredero forzoso con discapacidad en la facultad de habitar en la vivienda habitual. Ya que permitirle al habitacionista discapacitado que transmita el derecho de habitación que se constituyó en su favor, implicaría la desnaturalización de este derecho real que tiene su razón de ser en la persona y en las particularidades del beneficiario original.<sup>1437</sup>

---

<sup>1436</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 82. Véase, además, CLEMENTE MEORO, M. E., «Comentario al Art. 525», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 4165; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, págs. 2549 – 2550 y nota 15; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 472; DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 371 – 372; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 822 del CC», *op. cit.*, pág. 942; NOGUERA NEBOT, T., «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 9, «El Legado de Derecho de Habitación Regulado en el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 478.

<sup>1437</sup> MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, págs. 2544 y 2550; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 206 y 211; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 11; DÍAZ ALABART, S., «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, págs. 300 - 301, «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 862, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág.



Además de que ello perjudicaría aún más a los colegitimarios, que podrían ver como un extraño se instala en el hogar familiar.

Por lo expuesto, algunos autores han señalado que era innecesario que en el art. 822.3 del CC se estableciera expresamente que el derecho de habitación especial, legado o donado por el disponente o atribuido legalmente, era intransmisible. En la medida que entienden que esta cualidad forma parte de la esencia misma del derecho real de habitación, según la regulación definida en el CC.<sup>1438</sup> A pesar de ello, esta actuación legislativa se trató de validar<sup>1439</sup> con el planteamiento de que la declaración del carácter intransmisible del derecho de habitación excepcional tenía el propósito de evitar que el titular de la vivienda dispusiera lo contrario en el título constitutivo, según generalizadamente había sido admitido por la doctrina en el marco del art. 525 del CC. Sin embargo, esta posibilidad fue descartada por entender que, entonces, no tendría sentido que el legislador, también, hubiera extendido la intransmisibilidad, mediante el art. 822.3 del CC, al supuesto del derecho de habitación conferido por virtud de la ley. A nuestro parecer, con esta reiteración el legislador lo que pretendía era excluir al especial derecho de habitación de la polémica doctrinal que se había desarrollado en torno a si la intransmisibilidad de los derechos de uso y habitación que se dispone en el art. 525 del CC es de carácter imperativo, es decir, *ius cogens*, o, más bien, de naturaleza puramente dispositiva.<sup>1440</sup> Enfoque que se corrobora de sus propias expresiones

---

91, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 24; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, pág. 6105, nota 24, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 4030, nota 21.

<sup>1438</sup> RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 11; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 211 – 212; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, págs. 2549 – 2550; MONESTIER MORALES, J. L., «Legados de Habitación en favor de Discapacitados: Efectos Civiles y Liquidación Monetaria», *op. cit.*, pág. 18, «Los Discapacitados y el Legado de Habitación», *op. cit.*, pág. 335.

<sup>1439</sup> RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 15, nota 11.

<sup>1440</sup> Aquellos autores, como, por ejemplo, RAMS ALBESA, J., *Uso, Habitación y Vivienda Familiar*, *op. cit.*, pág. 90 y LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos Reales*, Vol. II, Ed. Dykinson, S. L., 3ª edición (revisada y puesta al día por A. Luna Serrano), Madrid, 2009, pág. 77, que no favorecen la transmisibilidad del derecho de uso y habitación, justifican su postura en que tal posibilidad frustraría el propósito que hay detrás de la atribución de este derecho real, que tiene que ver con la satisfacción de las necesidades de una persona en particular. Además de que la transmisibilidad, aunque hubiera sido autorizada mediante el título constitutivo, tendría problemas para acceder al Registro de la Propiedad porque hay una prohibición expresa, sin salvedad alguna, de que estos derechos no pueden hipotecarse. Mientras, un sector mayoritario de la doctrina, entre los que se encuentra DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Artículo 525 del CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales: Arts. 467 – 529 del CC*, Tomo VII, Vol. 1, (dirs.) M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Ed. EDERSA, 2ª edición, 1992, págs. 633 - 640, opina que los derechos de uso y habitación pueden transmitirse si así se permite en el

incluidas en la Parte VII – C de la Exposición de Motivos de la LPPPD, en cuanto a que la reforma del art. 822 del CC se hacía «...con la **cautela** de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible».<sup>1441</sup>

De ahí que consideremos que el carácter de intransmisible que el legislador, explícitamente, le adscribe al derecho de habitación especial prevalecerá sobre la facultad para transmitirlo que el testador o el donante le confiera al habitacionista discapacitado en el título de su constitución. Más concretamente, esta potestad se entenderá como no puesta y el derecho de habitación desplegará todos sus efectos, según previstos por el legislador en la específica regulación del art. 822 del CC.<sup>1442</sup> Aunque, hay quienes piensan<sup>1443</sup> que si el disponente establece, a pesar del contenido del art. 822.3 del CC, que el derecho de habitación podrá ser objeto de transmisión por el habitacionista discapacitado, tal actuación provocará que dicho derecho real se rija por el sistema ordinario. Implicando ello que tal beneficio no podrá vulnerar la vertiente cuantitativa ni cualitativa de la porción legitimaria del resto de coherederos forzosos no discapacitados. Más concretamente, que su valor económico deberá computarse para el cálculo de la legítima y que supondrá un gravamen prohibido respecto a la institución legitimaria.

Distintamente, otro autor<sup>1444</sup> es del criterio de que la reflexión que la doctrina ha tenido sobre el art. 525 del CC, en cuanto a la intransmisibilidad o transmisibilidad, por causa de la voluntad del disponente manifestada en el título constitutivo, de los derechos de uso y

---

título de constitución. Perspectiva que asumen al analizar conjuntamente los arts. 523 y 525 del CC. (Sobre este asunto, además de los autores señalados, pueden verse: CLEMENTE MEORO, M. E., «Comentario al Art. 525», *op. cit.*, págs. 4165 – 4168; FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 79 – 80 y notas 108 y 109; NOGUERA NEBOT, T., «El Legado de Derecho de Habitación Regulado en el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 478 – 479).

<sup>1441</sup> *Supra.*, Parte VII de la Exposición de Motivos, pág. 40855. Énfasis suplido.

<sup>1442</sup> NOGUERA NEBOT, T., «El Legado de Derecho de Habitación Regulado en el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 479, «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 10.

<sup>1443</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1494 – 1495; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 862, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 301, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 91, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 25. También, NOGUERA NEBOT, T., «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 10, estima posible este acercamiento.

<sup>1444</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 79, 80 – 81.

habitación, debe ser trasladada y aplicada al analizarse el texto del art. 822.3 del CC. Tomando este parámetro en consideración, argumenta que la intransmisibilidad del derecho de habitación atribuido legalmente se fundamenta claramente en el hecho de que no existe un título constitutivo en el que el constituyente hubiese manifestado una voluntad contraria, es decir, en la que se hubiera admitido su disponibilidad por parte del habitacionista. En cuanto a la modalidad del derecho de habitación constituido voluntariamente, a pesar de asumir que, por voluntad del testador o del donante, excepcionalmente este derecho real puede ser disponible en otros ámbitos, este estudioso, igualmente, rechaza que esta institución jurídica, legada o donada, pueda ser objeto de transmisión en caso de que la vivienda sobre la que recaiga no solo sea habitual sino también familiar. Ya que considera que la entrada de personas ajenas al círculo familiar desvirtuaría la protección que el ordenamiento jurídico persigue dispensarle a la institución de la familia.

Precisamente, es en este contexto del uso de la vivienda familiar dentro del núcleo parental y en la finalidad que se persigue mediante el art. 822 del CC, que entiende se justifica la reiteración que se hace en el apartado tercero de esta norma especial, en cuanto a que el derecho de habitación excepcional será intransmisible, en cualquiera de sus variedades. No obstante, aclara, sustentado en su creencia, que no compartimos, según expusimos en la sección 3-B de este capítulo, de que la vivienda habitual no necesariamente tiene que ser la familiar, que será conveniente examinar cada caso en particular y siempre que no coincidan la residencia habitual con la familiar, será posible que el derecho de habitación especial, legado o donado por el testador o donante, pueda ser disponible por el habitacionista, al no existir perjuicio alguno y cumplirse el requisito de la convivencia en ella entre el causante y el legitimario discapacitado.

## § 6 SU REPERCUSIÓN EN EL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUANTITATIVA Y CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA

### A. Efectos cuantitativos

Antes de que se modificara el art. 822 del CC, si el causante constituía un derecho de habitación a favor de un legitimario discapacitado, igual que si el beneficiario fuera cualquier otro sucesor, su efectividad estaba sujeta a las normas imperativas de protección de la institución legitimaria. O lo que es lo mismo, tal derecho no podía contravenir los límites cuantitativos y cualitativos impuestos por la legítima. Significa que, por un lado, mediante el

derecho de habitación, por virtud del art. 813.2 del CC, no se podía gravar la porción legal del resto de legitimarios. Y, por otro lado, tampoco afectar su contenido, según se dispone en los arts. 806, 813.1 y 815 del CC, por lo que al no estar excluido de las operaciones del cálculo de la legítima, este podría ser objeto de reducción por inoficiosidad, conforme al art. 820.3<sup>1445</sup> del CC.

A causa del actual texto del art. 822 del CC, la doctrina<sup>1446</sup> ha concluido, a nuestro parecer con justa razón, que el legislador convirtió el derecho de habitación constituido a favor de un legitimario discapacitado en una excepción a la vertiente cuantitativa del principio de intangibilidad de la legítima. La literalidad del primer párrafo de dicho precepto no da margen a error cuando claramente expresa que el valor de este derecho «[...]no se computará para el cálculo de las legítimas[...]», siempre que en el momento de la muerte del titular de la vivienda habitual, este y el legitimario discapacitado estuvieran conviviendo en la misma.

Significa que si se trata de la donación de un derecho de habitación, contrario al art. 818 del CC que exige que para fijar la cuota legitimaria se traigan a la masa hereditaria las liberalidades que el causante realizó en vida, su valoración no se añadirá a la que tuvieron los bienes y derechos que quedaran al fallecimiento del donante, luego de deducirles las cargas y deudas, entre las que, evidentemente, no pueden incluirse las que se imponen por testamento. Mientras, en el caso de un legado de derecho de habitación, su valor deberá detraerse del caudal hereditario que hubiere a la muerte del testador, porque, al tratarse de una obligación o una carga dispuesta en el testamento, este continuara formando parte del mismo al momento del cálculo de la legítima. En definitiva, para efectos de fijar la legítima no se tomará en

---

<sup>1445</sup> Se ha entendido que este precepto es aplicable a derechos análogos al de usufructo, como lo son, por ejemplo, el de uso y el de habitación. Véase: VALLET DE GOYTISOLO, J., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer*, Tomo I: *Las Legítimas*, Vol. 2, *op. cit.*, pág. 1058; GULLÓN BALLESTEROS, A., «El Párrafo 3º del Artículo 820 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 880, nota 11 bis.

<sup>1446</sup> RIERA ÁLVAREZ, J. A., «Protección Sucesoria de las Personas Discapaces», *op. cit.*, pág. 157; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 145, 146 y notas 56 – 58; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 9 – 10; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, págs. 503 – 504 y 506; GARCÍA HERRERA, V., «Capítulo 21: Discapacidad y Derecho a una Vivienda Digna y Adecuada. La Protección del Derecho a la Vivienda en el Ámbito Sucesorio», en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, (dir.) J. Pérez de Vargas Muñoz, (coord.) M. Pereña Vicente, Ed. La Ley, 1ª edición, 2011, Madrid, pág. 619; NOGUERA NEBOT, T., «Hogar Familiar: Atribución de un Derecho de Habitación a un Legitimario Persona con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 17; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 220 – 221, con otras palabras, pero con el mismo sentido y resultado, expresa que el legislador se aseguró de que el derecho de habitación especial no conculcara el principio de intangibilidad cuantitativa, al excluir su valor del cómputo para fijar las legítimas.

cuenta el importe total del bien hereditario sujeto al derecho de habitación, sino el valor que resulte después de haberse deducido el monto del derecho real limitativo del dominio. Con el consabido efecto de que al no computarse el valor de la donación o del legado de derecho de habitación, la totalidad de la masa legitimaria se verá disminuida con relación a lo que sería su valoración normal. Circunstancia que si bien ocasionará un perjuicio a los demás legitimarios, porque sufrirán una reducción permitida en su porción legal, resultará beneficiosa para el legitimario discapacitado, en la medida en que no solo percibirá en la legítima un valor análogo al de los otros herederos forzosos, sino que mantendrá en su poder el derecho de habitación.

Evidentemente, si el valor del derecho de habitación queda excluido del proceso para fijar la cuantía de la cuota legitimaria, este no podrá imputarse en ninguno de los tercios en los que se divide el patrimonio hereditario, según se dispone, por ejemplo, en los arts. 819, 825 y 828 del CC, a los efectos de calcular y servir de herramientas para la defensa de la porción legitimaria. Tampoco podrá reducirse por inoficioso, aunque en la práctica efectivamente lo fuera, ya que la norma del art. 820.3 del CC no le resulta aplicable. Mucho menos podrá ser objeto de la operación de colación, en los términos en que se establece en los arts. 1035 y 1047 del CC, para obtener la igualdad de la cuota hereditaria entre los herederos forzosos, en la fase de partición de la herencia.

Como muy bien ha expresado la doctrina, debe asumirse como un error técnico jurídico la sola referencia que el legislador hace en el art. 822 del CC en cuanto a que el derecho de habitación excepcional «no se computará» en el cálculo de las legítimas. Siendo lo más coherente con la finalidad de esta norma, que se interprete que en la señalada expresión está contenido también, aunque no se hubiera dispuesto expresamente, el hecho de que el legitimario discapacitado no tendrá que imputar ni colacionar el derecho de habitación especial, ya sea que se hubiera atribuido a título de legado o de donación. Dispensa de colación que es significativa porque tiene el efecto de deshacer la ordinaria pretensión de esta operación, que no es otra que igualar a los herederos forzosos en lo que perciben en la herencia.<sup>1447</sup>

---

<sup>1447</sup> Véase, además, PÉREZ HEREZA, J., «Sucesión con Discapacitados: Una Visión Práctica», *op. cit.*, pág. 64; MONESTIER MORALES, J. L., «Legados de Habitación en favor de Discapacitados: Efectos Civiles y Liquidación Monetaria», *op. cit.*, págs. 11 – 12 y 17 - 18, «Los Discapacitados y el Legado de Habitación», *op. cit.*, págs. 328 y 334; PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y Protección de las Personas Incapaces o con Discapacidad: Las Soluciones del Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 137, «El Derecho Sucesorio como Instrumento de Protección del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 3; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, *op. cit.*, págs. 1490 – 1492; FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 61, 86 – 87. Véase, también, TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», *op. cit.*, pág. 372, «La

Es sencillo, con el art. 822 del CC lo que se pretende es proveerle una ayuda patrimonial adicional<sup>1448</sup> concreta al legitimario discapacitado, en otras palabras, satisfacer su necesidad de alojamiento, razón por la que el valor de ese derecho de habitación especial constituido a su favor debe quedar excluido del proceso normal del sistema legitimario y tampoco debe significar la reducción de su porción legal. En definitiva, lo novedoso de esta norma es que incrementa los beneficios económicos del discapacitado, sin generarle un perjuicio en su derecho legitimario, puesto que la consecuencia de los mismos deberá ser asumido íntegramente por el resto de herederos forzosos no discapacitados. Por ello, sería ilógico interpretar que el art. 822 del CC dispensa al legitimario con discapacidad de la computación de este derecho real limitativo de dominio, pero no de su obligación de tener que imputarlo y colacionarlo.<sup>1449</sup>

---

Legítima en el Código Civil (I)», *op. cit.*, pág. 44; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 822 del CC», *op. cit.*, pág. 942; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», *op. cit.*, págs. 2936 y 2943; GARCÍA HERRERA, V., «Capítulo 21: Discapacidad y Derecho a una Vivienda Digna y Adecuada. La Protección del Derecho a la Vivienda en el Ámbito Sucesorio», *op. cit.*, págs. 619 – 621; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, pág. 2549.

<sup>1448</sup> Desde el punto de vista de RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822» *op. cit.*, pág. 6102, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, págs. 4025 – 4026, el efecto cuantitativo del derecho de habitación especial constituye un nuevo derecho legitimario para el heredero forzoso discapacitado, que se adiciona al de la legítima. No una atribución que se confiere a cuenta de su porción legal. Se trata de una ayuda extra que se puede conceder a favor de aquella persona que reúna la dual cualidad de ser heredero forzoso y discapacitado. Además de encontrarse en una situación especial de necesidad de alojamiento. Véase, además, TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 44: La Legítima en el Código Civil (I)», *op. cit.*, pág. 372, «La Legítima en el Código Civil (I)», *op. cit.*, pág. 44; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1147; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I., «Reflexiones sobre el Derecho de Habitación de las Personas con Discapacidad desde la Perspectiva del Operador Jurídico», *op. cit.*, pág. 2941; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al Art. 822 del CC», *op. cit.*, pág. 942.

<sup>1449</sup> Por su parte, AMAT LLARI, M<sup>a</sup> E., «La Protección del Discapacitado en el Ámbito Laboral y en relación a la Vivienda», *op. cit.*, págs. 30 – 31, aparentando sugerir que esta norma solo es posible interpretarla de forma estricta, señala que la única ventaja del art. 822 del CC es que el valor de la donación del derecho de habitación especial no se computa para el cálculo de la legítima, lo que hace que sea menor la base total para establecer las legítimas individuales. Es su parecer que si este derecho real limitativo de dominio se le atribuye al discapacitado a título de legado, este «debería reducirse [...] para respetar la legítima, ya que el importe del legado no se computa, sino que en todo caso se reduce y la citada norma no hace ninguna referencia a la imposibilidad de reducirlo». Plantea, además, que como en el texto del art. 822 del CC no se excluye que la donación o el legado se impute a la legítima del discapacitado, ello resultará en la reducción del valor del derecho de habitación especial como en la disminución de su cuota legal, si este se imputa a ella. No obstante, esta autora se cuestiona si sería viable otra forma de entender el art. 822 del CC, al darse cuenta de que con una interpretación estricta esta norma no le provee mucha protección al legitimario con discapacidad. Ante esta elucubración, propone que se entienda que la donación del derecho de habitación especial no se deberá computar para el cálculo de las legítimas y que tanto esta forma de atribución como la del legado no se podrán imputar a la porción legal del legitimario discapacitado. Lo que propiciaría que este percibiera su legítima, su parte de mejora y la donación o legado de este derecho real limitativo de dominio. Finaliza su reflexión comentando, por un lado, que esta hermenéutica debería ser la que se defiende porque es la más favorable para el discapacitado y, por tanto, la que cumple con la finalidad y el espíritu que el legislador persigue a través de

## B. Efectos cualitativos

Sin embargo, por la falta de alusión expresa en el art. 822 del CC, hay discrepancia en la doctrina en cuanto a si, además, el derecho de habitación implica un gravamen que afecta la intangibilidad cualitativa de la porción legal de los legitimarios no discapacitados. En otras palabras, si al menoscabo cuantitativo que el resto de legitimarios tienen que soportar en su legítima, debido a la falta de computación del derecho de habitación en la cuota legitimaria, se le debe sumar el que estos tengan que tolerar que su porción legal le sea abonada con la nuda propiedad de la vivienda habitual, por estar la misma sujeta al gravamen del derecho de habitación.

Sobre este asunto, la doctrina se ha dividido en dos perspectivas. Una que considera que el derecho de habitación excepcional puede resultar en una excepción más al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima y otra que rechaza totalmente esta posibilidad.

Entre los partidarios de la postura positiva, cierta autora<sup>1450</sup> opina que en el supuesto de que la vivienda sea el único bien importante en la valoración del caudal hereditario, los restantes legitimarios percibirán su porción legal sujeta al gravamen del derecho de habitación establecido a favor del discapacitado. La no inclusión del derecho de habitación especial como otra excepción a la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima, a pesar de que el art. 813.2 del CC fue objeto de modificación por la Ley 41/2003 para exceptuar de su aplicación a la sustitución fideicomisaria excepcional, fue el resultado del olvido del legislador y, por ende, un ejemplo más de los evidentes problemas técnico jurídicos de los que está impregnada la LPPPD.

Es su parecer que esta modalidad particular del derecho de habitación debe funcionar como una excepción más al contenido del art. 813.2 del CC, al estilo del usufructo viudal, aunque no sea permisible la interpretación analógica de las reglas excepcionales, según se prescribe en el art. 4 del CC. Criterio que justifica en diversas razones. Primero, la finalidad principal de la norma contenida en el art. 822 del CC es asegurarle el uso de la vivienda familiar al legitimario discapacitado. Segundo, el contexto general de la LPPPD busca proporcionarle ventajas patrimoniales a los discapacitados. Tercero, el patrimonio relicto de la mayoría de las familias españolas está integrado únicamente por la vivienda familiar,

---

esta norma. Y, por otro lado, se cuestiona si esta interpretación no supondría sobre extender, a un punto inadmisibile, el contenido del art. 822 del CC.

<sup>1450</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Aspectos Controvertidos del Legado de Habitación Previsto por el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 149 - 151.

siendo este el supuesto de hecho en el que, precisamente, se enfoca la protección del legislador. A pesar de ello, la autora reconoce que la falta de previsión de la norma sobre este aspecto, que ha dado pie a argumentos contrarios a la admisibilidad del derecho de habitación cuando se transforme en un gravamen para los legitimarios no discapacitados, dará origen a un gran número de litigios en los tribunales que podrían hacer tambalear el supuesto beneficio que con esta institución jurídica se pretende conceder a favor de la persona con discapacidad.

En términos parecidos, se ha entendido<sup>1451</sup> que, igual que se permite beneficiar a los hijos o descendientes legitimarios incapacitados con la institución de una sustitución fideicomisaria sobre la porción legitimaria correspondiente al resto que de este grupo parental no tenga esta condición jurídica, es posible que la aplicación de medidas adoptadas para beneficiar a las personas discapacitadas tengan el efecto de gravar la legítima. Concretamente, como el derecho de habitación del art. 822 del CC no se excluye de la herencia, razón por la que formará parte de ella, con toda seguridad este gravará la legítima de los no discapacitados, cuando estos concurren con algún legitimario con discapacidad y el patrimonio hereditario esté compuesto solamente por la vivienda habitual. La consecuencia de ello es que el legitimario discapacitado será el beneficiario del derecho de habitación, mientras los demás que no tengan discapacidad percibirán su porción legal mediante el derecho de nuda propiedad sobre la vivienda. Asumir una posición contraria implicaría que bajo este supuesto de hecho los legitimarios no discapacitados podrían petitionar que a su cuota legitimaria se la excluyera del gravamen, situación que ocasionaría que el derecho de habitación especial no se hiciera efectivo.

Es irrelevante que el legislador no haya establecido expresamente esta circunstancia como una excepción a la regla general de que la legítima es cualitativamente intocable, regulada en el art. 813.2 del CC, porque tal actuación es más bien reflejo de un grave error de sistemática. De todas formas, con la orden de que el derecho de habitación no sea objeto de computación en el cálculo de las legítimas, se permitió que el mismo supusiera un gravamen sobre la cuota legal de los legitimarios no discapacitados, de encontrarnos ante el supuesto de que no hay más bienes en la herencia que la casa y que existen otros herederos forzosos a parte del discapacitado. En otras palabras, los coherederos forzosos no percibirán la porción que les correspondería en la vivienda habitual, sino que tendrán que heredar su legítima

---

<sup>1451</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 221; RAMOS MAESTRE, A., «El Derecho de Habitación a Favor del Legitimario Discapacitado», *op. cit.*, págs. 18, nota 38, 29 – 30.



sujeta al gravamen del derecho de habitación del art. 822 del CC, que al ser vitalicio presenta una situación similar a la que se hace manifiesta ante la aplicación del supuesto de la sustitución fideicomisaria excepcional, que se regula en los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC.<sup>1452</sup>

Algún estudioso<sup>1453</sup>, sin embargo, ha reconocido que un análisis literal e individual del párrafo primero del art. 822 del CC podría llevar a pensar que el derecho de habitación provoca la reducción de la legítima de los no discapacitados, pero no supone una carga que afecte su intangibilidad cualitativa, como sí ocurre ante la aplicación del supuesto del fideicomiso especial. A pesar de ello, es su criterio que esta limitada apreciación puede modificarse si en su totalidad se estudia el texto de dicho precepto. Acercamiento que le ha llevado a concluir que la relevancia del derecho de habitación no se limita a lo contable sino que, además, se hace extensiva a lo material. Lo que significa que es perfectamente permisible que como gravamen efectivo se imponga un derecho de habitación sobre la vivienda, aunque para los legitimarios no discapacitados esto entrañe que tendrán que soportarlo sobre su porción legal. Estimación que apoya en el segundo apartado del art. 822 del CC y específicamente en la parte en que se dice que «[e]l derecho de habitación se atribuirá...». Expresión que le sugiere que el efecto que esta institución jurídica especial tiene sobre la legítima del resto de coherederos forzosos es algo más que la sola contabilidad legitimaria.

Sobre los efectos de la aplicación del derecho de habitación, cierta autora<sup>1454</sup> puntualiza, con total razón, que la solución que esta figura jurídica provee para el problema de la vivienda del legitimario con discapacidad, se hace a costa de tener que sacrificar el interés legítimo de los coherederos forzosos no discapacitados, puesto que estos verán como se pierde, respecto a sí mismos, el valor del bien que resulta ser el de mayor cuantía en los patrimonios hereditarios de las economías medias. Menoscabo que considera será más patente si los herederos forzosos, discapacitados o no, con derecho a la legítima en propiedad pertenecen al mismo grado generacional. No es solamente que los legitimarios gravados no podrán llegar a disponer de la vivienda porque será improbable que alguna persona quiera invertir en un bien sobre el que recae un derecho de habitación, cuya duración podría ser

---

<sup>1452</sup> SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, págs. 148 y 160; RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 822 del CC», *op. cit.*, pág. 872; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pág. 506.

<sup>1453</sup> RIERA ÁLVAREZ, J. A., «Protección Sucesoria de las Personas Discapaces», *op. cit.*, pág. 157.

<sup>1454</sup> DÍAZ ALABART, S., «Capítulo VI: Las Reformas de Derecho Sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 227.

prolongada porque se extiende a la vida del heredero forzoso con discapacidad. Sino que aun logrando su disposición, el precio de venta será sustancialmente menor, debido al hecho mismo del aludido gravamen. De ahí que serán los sucesores del legitimario no discapacitado los que, a la muerte del discapacitado, terminarán vendiendo la vivienda y disfrutando del justo valor que hayan obtenido por la misma. Esta estudiosa, sin embargo, aclara que será menor el perjuicio cualitativo que cause el derecho de habitación sobre la legítima de los no discapacitados, si estos tienen menos edad que el beneficiario del gravamen. Como sería el caso en que el legitimario discapacitado fuera el cónyuge y los demás herederos forzosos los descendientes del causante.

Con una idea más extensiva, algún autor<sup>1455</sup> ha sugerido que la porción legal de los legitimarios no discapacitados se deberá satisfacer con el gravamen del derecho de habitación especial, ya sea en el caso de que la vivienda fuera el único o principal bien de la herencia y aunque en esta última circunstancia el resto de los bienes hereditarios, que no resultan ser suficientes para abonar la legítima, se le hubieran asignado también al hijo con discapacidad. Fundamentando esta segunda posibilidad en que la finalidad de la norma contenida en el art. 822 del CC es incrementar las formas de mejorar a las personas discapacitadas. Aunque, acepta que ante este segundo supuesto de hecho se podría argumentar que el derecho de habitación no sería efectivo y, por tanto, resultaría innecesario, si con el resto del patrimonio el habitacionista discapacitado puede satisfacer su necesidad permanente de vivienda.

Incluso, aunque manteniendo cierto escepticismo, el autor plantea que pudiera darse el caso de que aun habiendo bienes suficientes en el caudal relicto para abonar la legítima, los mismos podrían asignarse a herederos voluntarios o únicamente a alguno de los legitimarios, mientras el derecho legitimario del resto se compensa con la vivienda gravada con el derecho de habitación especial. Ello siempre que la legítima de los hijos no discapacitados quede cuantitativamente cubierta de esta forma. Estimación que este estudioso justifica en que esta figura jurídica no solo se utiliza para proteger al discapacitado, sino también para mejorar a unos hijos no discapacitados respecto a otros. Es decir, para aumentar las facultades de mejorar que ordinariamente posee el causante. Además de que considera que aunque el derecho de habitación del art. 822 del CC no fue expresamente excluido de la aplicación del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima que se dispone en el art. 813.2 del CC, como sí fue el caso del usufructo del cónyuge viudo, por ser una imposición legal imperativa, y de la sustitución fideicomisaria excepcional, que es un gravamen permitido por la ley, cuya

---

<sup>1455</sup> PÉREZ HEREZA, J., «Sucesión con Discapacitados: Una Visión Práctica», *op. cit.*, págs. 64 – 65.

efectividad depende de la voluntad del fideicomitente, este debe entenderse, por dos razones principales interrelacionadas, como una excepción más al mismo.

Por un lado, la mención de que la atribución de esta institución jurídica especial no se computará para efectos del cálculo de las legítimas sugiere que el bien ingresará al patrimonio relicto con la carga, lo que implica que esta no es propiamente impuesta por el testador. Argumento que, por otro lado, entiende se fortalece con el hecho de que el derecho de habitación a favor del discapacitado puede ser conferido, además, por ministerio de la ley.

Por su parte, cierto estudioso<sup>1456</sup> afirma que, ya sea que se trate de un derecho de habitación *ex lege*, creado por el apartado segundo del art. 822 del CC, como de aquel que se constituye por exclusiva iniciativa del causante, que se regula en el párrafo primero del art. 822 del CC, lo que va a determinar si el derecho de habitación a favor del discapacitado implica un gravamen para la legítima de los que no estén en esa situación jurídica, será que esta hubiera sido pagada con la atribución de la propiedad de la vivienda habitual. No es aplicable el art. 813.2 del CC, que prohíbe que la legítima sea afectada cualitativamente, porque se trata de un gravamen que el legislador le permitió imponer al donante o testador. Significa que las excepciones a la intangibilidad cualitativa de la legítima, entre las que se encuentra también el derecho de habitación excepcional, vienen a confirmar la libertad de testar del causante, en la medida en que la ley le ha autorizado al testador que imponga diversos gravámenes sobre la misma.

En sentido opuesto, algún autor<sup>1457</sup> argumenta que como el legislador no hizo un pronunciamiento legal expreso autorizando que la atribución del derecho de habitación especial pudiera llegar a convertirse en un gravamen sobre los bienes que componen la porción legal correspondiente a los legitimarios no discapacitados, viéndose así estos obligados a tener que soportar tal carga, la nuda propiedad de la vivienda no podrá ser objeto de la legítima de ellos. En otras palabras, el causante está imposibilitado de instituir el derecho de habitación excepcional para satisfacer la cuota legal de los demás legitimarios con la nuda propiedad de la vivienda, ya que tal actuación contravendría el texto del art. 813.2 del CC, en la medida en que se estaría estableciendo un gravamen ilegal sobre la legítima. No puede interpretarse analógicamente el derecho de habitación excepcional y el usufructo viudal, que expresamente queda exceptuado del principio de intangibilidad cualitativa de la

---

<sup>1456</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822», *op. cit.*, págs. 6097, 6101, 6102, 6103 y 6104, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, págs. 4019, 4024, 4025, 4026 y 4027.

<sup>1457</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El Gravamen de la Legítima en el Código Civil: Situación tras la Reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *op. cit.*, págs. 146 – 147.

legítima que se contempla en el art. 813.2 del CC, porque, contrario a este último, la atribución del primero no se impone imperativamente por la ley.

Para este estudioso, sería ilógico que otros sucesores del caudal relicto se beneficiaran de aquellos bienes que no son objeto de gravamen, mientras el resto de legitimarios no discapacitados deben soportar que su cuota legitimaria le sea abonada con la nuda propiedad de la vivienda. Tal posibilidad, piensa, debe rechazarse por el propio equilibrio de las instituciones. Con la aplicación de esta figura jurídica excepcional, el beneficio del legitimario discapacitado es exclusivamente cuantitativo, sin que este suponga de ninguna forma un perjuicio cualitativo para las cuotas legitimarias de los demás herederos forzosos. Es decir, la potencial asignación del derecho de habitación especial no se vislumbró como una sanción o gravamen hacia los otros legitimarios, sino más bien como un beneficio directo y particular para aquel que de ellos fuera discapacitado.

No obstante, si el causante, a pesar de lo señalado, satisfizo la cuota legitimaria de los demás legitimarios no discapacitados atribuyéndole la vivienda gravada con un derecho de habitación impuesto a favor de alguno de estos que estuviera discapacitado, tal carga no se deberá considerar como no puesta, o sea al legitimario discapacitado no se le puede privar del derecho de habitación, si existiendo más bienes en la herencia, los mismos fueron asignados a otros sucesores. De acuerdo a este autor, la solución que procederá será reducir prioritariamente las disposiciones testamentarias y respetar el derecho de habitación atribuido en beneficio del legitimario discapacitado. Solo en el caso de que no existan bienes hereditarios suficientes para abonar la legítima, es que se reducirá el legado «legal» o voluntario del derecho de habitación. Realidad que se hace más patente en el supuesto de que el derecho de habitación se hubiese concedido mediante una donación *inter vivos*. Ya que, en aplicación de las reglas generales, contenidas, por ejemplo, en los arts. 820.1 y 656 del CC, las donaciones únicamente deberán reducirse, de ser necesario, luego de haberse reducido las atribuciones conferidas vía testamento.

De estos dos enfoques doctrinales discutidos, nosotros coincidimos con el que sostiene que la cuota legal de los legitimarios no discapacitados se verá afectada con el gravamen del derecho de habitación constituido a favor del legitimario con discapacidad, implicando ello que, en la apertura de la sucesión, estos recibirán en pago de su derecho legitimario, inicialmente, la nuda propiedad de la vivienda habitual. No contradice nuestra posición el hecho de que el legislador no incluyó expresamente esta alternativa como una excepción más al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Ello pudo deberse a que el legislador no quería que como primera opción el causante afectara cualitativamente la legítima del resto

de herederos forzosos para beneficiar con el derecho de habitación al legitimario discapacitado. Aunque, en términos prácticos, es muy probable que esto ocurrirá porque la realidad de la mayoría de las economías de los integrantes de la sociedad española solo producirán un caudal hereditario compuesto por, o esencialmente, la vivienda en la que residen.

Siendo ello así y considerando que esta situación es la que el legislador pretendía atender con el art. 822 del CC, puesto que en esencia, y salvo ciertas circunstancias en las que es preciso legislar para favorecer a grupos particulares de personas, las normas se promulgan en beneficio de las mayorías, se debe interpretar que bajo el señalado supuesto el derecho de habitación constituirá una excepción a la vertiente cualitativa, además de la cuantitativa, del principio de intangibilidad de la legítima. Una apreciación contraria tornaría en ineficaz la aplicación de esta institución jurídica especial, por dos razones principales. Por un lado, solo aplicaría en el contexto de los limitados patrimonios hereditarios acaudalados donde existieran más bienes con los que se pudiera abonar la legítima de los no discapacitados, sin que esta quede sujeta al derecho de habitación especial. Por otro lado, los legitimarios no discapacitados, al tratarse de un caudal relicto normal en el que la vivienda habitual es el bien principal o único, podrían exigir que su derecho legitimario se excluyera del gravamen del derecho de habitación.

En todo caso, es importante recalcar que muchos de los supuestos que hoy día se entienden que excepcionan el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, tales como el de la partición especial, que se regula en el art. 1056.2 del CC, o el general de pago en metálico extrahereditario, contenido en los arts. 841 al 847 del CC, por mencionar a alguno de los que hemos estudiado en este trabajo, no fueron explícitamente exceptuados de la aplicación del art. 813.2 del CC. A lo que se añade que el nuevo texto del art. 822 del CC se propuso en la LPPPD, estatuto cuya finalidad principal es beneficiar patrimonialmente a las personas discapacitadas, de forma que puedan contar con la mayor cantidad de recursos para satisfacer sus necesidades vitales. En ese interés, sin duda, resulta significativo que puedan tener acceso permanente a una vivienda, mejor aún si se trata de aquella en la que han residido durante, lo más seguro, muchos años de la vida del causante, considerando que lo usual es que las personas con discapacidad vivan en casa de sus padres o de algún familiar que se hubiera encargado de su atención y cuidados, aunque ello signifique que los legitimarios no discapacitados deberán soportar que su legítima esté temporalmente gravada con el derecho de habitación impuesto a favor de aquel que tiene la condición de discapacitado. En el sentido de que no solo se les hará difícil vender un bien que está sujeto

a un derecho de habitación, sino que, de poder disponer del mismo, ello le supondría una pérdida sustancial respecto al justo y ordinario valor en el mercado que tendría esa vivienda, de no estar sujeta a dicho gravamen.<sup>1458</sup>

Aunque, aun con este panorama, como hemos apuntado previamente, si ellos lo necesitaran podrían continuar alojándose también en la vivienda habitual. Incluso, como hemos sostenido en la sección 3B de este capítulo, si resulta que el derecho de habitación especial recae específicamente sobre las piezas de la vivienda habitual que sean necesarias para el legitimario discapacitado y su familia<sup>1459</sup>, debido a que el disponente no extendió, en el título constitutivo, tal derecho a todo el bien inmueble, los demás herederos forzosos no discapacitados podrían utilizar las restantes partes de la casa y, además, aquellas que por su naturaleza requieran un disfrute común con el habitacionista. Normalmente, lo que se busca con esta disposición no es tanto la vida independiente del legitimario discapacitado en el hogar familiar, sino que se continúe desarrollando de igual manera la convivencia de la familia que existía en la vivienda habitual mientras estaba vivo el disponente, pero con la garantía de que el derecho del discapacitado es indiscutible.

Como respecto a los otros supuestos que hemos estado estudiando a través de este escrito, esta nueva excepción que representa el derecho de habitación del art. 822 del CC al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, y en concreto al aspecto, de los dos que lo integran, que se ocupa de la forma en que esta es percibida, no significa que este se haya desnaturalizado, es decir, que su justificación o razón de ser hubiera mutado. Al contrario, la finalidad de la vertiente cualitativa de este principio sigue siendo la misma: velar por la calidad y la forma en la que los legitimarios reciben su porción legal. En concreto, asegurarse de que el derecho legitimario se percibe en bienes hereditarios y sin gravámenes, condiciones o sustitución alguna. Lo que ha ocurrido es que cada vez más el legislador ha ido flexibilizando tanto el sistema legitimario, en general, como el principio que regula su contenido cualitativo, en particular. El legislador ha optado por ampliar la autonomía de la voluntad del testador cuando su interés es favorecer un bien económico, familiar o social mayor, que en este caso tiene que ver con asegurar, a través de la figura jurídica del derecho de habitación especial, que la necesidad de alojamiento del legitimario discapacitado quede satisfecha, a pesar de la eventualidad del deceso del titular de la vivienda habitual. Propósito loable que no solo sirve para darle al disponente la tranquilidad de que cuando fallezca su

---

<sup>1458</sup> Ejemplo de lo comentado se puede observar en la SAP de Madrid, núm. 385, de 17 de septiembre de 2015, Sección 9ª, (JUR 2015/244737).

<sup>1459</sup> Si es que la tuviera, porque, como hemos expresado, lo más habitual será que su discapacidad le dificulte crear su propio núcleo familiar.

legitimario discapacitado podrá contar con un techo en el que residir de forma vitalicia, sino también para reducir los desembolsos que el Estado debe asumir para proveerle asistencia a este sector tan vulnerable.

El derecho de habitación especial tampoco altera la naturaleza de la institución legitimaria, que entendemos subsiste como *pars bonorum*. A la apertura de la sucesión, el resto de colegitimarios no discapacitados heredan su porción legal con el gravamen del derecho de habitación del art. 822 del CC, lo que implica que la propiedad nuda de la vivienda habitual irá a parar inmediatamente a ellos. Únicamente les restará el poder disfrutar de la misma, a causa del derecho de habitación especial que recae sobre la casa en beneficio del legitimario discapacitado. Salvo en el caso de que hubieran estado conviviendo con el causante a su muerte y siguieran teniendo necesidad de una vivienda o de que el derecho de habitación especial recayera exclusivamente en aquellas piezas de la casa que sean necesarias para el legitimario discapacitados y los miembros de su familia. De todas formas, su dominio sobre la vivienda familiar será pleno, es decir, el contenido de su derecho legitimario se completará, cuando se manifieste alguna de las causas de extinción del derecho de habitación excepcional, que discutiremos en la próxima sección de este capítulo. Derecho que, por la propia dinámica del sistema legitimario, los coherederos forzosos no discapaces pueden transmitirle a sus propios herederos en caso de premorir al legitimario con discapacidad.

De igual manera, pensamos que la constitución, voluntaria o legal, del derecho de habitación excepcional no transgrede el contenido esencial del derecho a la herencia, regulado y garantizado en los arts. 33, 53.1 y 161.1(a) de la CE de 1978. Conforme le permite el art. 33.2 de la CE de 1978, el legislador procedió a delimitar los dos componentes que conforman el ámbito individual del contenido general del derecho a la herencia, es decir, la libertad del testador para disponer *mortis causa* de su caudal hereditario y el derecho de la familia a suceder al causante, mediante la función social, que, a su vez, es el elemento que integra su ámbito colectivo. Función o interés social que en el caso del supuesto objeto de estudio tiene que ver con permitir que el legitimario discapacitado que lo necesite se mantenga residiendo en la vivienda familiar, a pesar de la muerte del causante titular, a la vez que el Estado puede ahorrar recursos públicos.

Para ello, el legislador optó por aumentar la autonomía de la voluntad del causante, de forma que tuviera la posibilidad de constituir un derecho de habitación especial a favor de su legitimario discapacitado y gravar momentáneamente la porción legal de los coherederos forzosos que no tuvieran discapacidad. Tal proceder no violenta el contenido esencial del

derecho a la herencia porque, en coherencia con los arts. 33.1 - .2 y 53.1 de la CE de 1978, se respeta la parte mínima del ámbito individual del contenido general que hace que esta institución jurídica sea reconocible por la sociedad. Nos referimos a la libertad de testar y al derecho a suceder del cónyuge, los descendientes y los ascendientes del testador. Ya que, incluso, en el caso de los gravados, estos heredan la nuda propiedad de la vivienda habitual desde la muerte del disponente y, como máximo, podrán usar y disfrutar de la misma cuando se extinga el derecho de habitación excepcional. Razón por la que pueden, aunque premueran al legitimario con discapacidad, transmitirle a sus sucesores su legítima gravada.

## § 7 SOBRE SU EXTINCIÓN

El texto del art. 822 del CC no señala expresamente las causas de extinción del derecho de habitación excepcional. Sin embargo, la finalidad del art. 822 del CC, de permitir que el legitimario discapacitado continúe residiendo en la vivienda habitual aun después del deceso de su titular, nos ha llevado a entender que el derecho de habitación especial, de ordinario, persistirá durante toda la vida del habitacionista, una vez se cumplan los requisitos que el legislador impuso para su efectiva constitución, en cualquiera de sus modalidades, la voluntaria y la legal. Significa que si la configuración de este derecho real resulta ser de carácter vitalicio, entonces, su causa básica y esencial de extinción será la muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario.<sup>1460</sup> Afirmación que es coherente con el art. 6.1 de la LPPPD, donde, precisamente, esta se incluye como una de las causales de extinción del patrimonio protegido, otra figura jurídica conformada por el legislador con el mismo propósito de proporcionarle ayuda a las personas que tengan discapacidad síquica, física o sensorial, en los grados que se definen en el art. 2.2 del aludido estatuto. Además de que, conforme al art. 513.1 del CC, la muerte viene a ser uno de los modos de extinguir el usufructo, que por virtud del art. 529 del CC se hace extensiva al derecho de habitación ordinario y, por ende, también al especial.

Igualmente, pensamos que la extinción del derecho de habitación especial puede ser producto de la desaparición de alguno de los presupuestos que la norma del art. 822 del CC exige para su creación. Concretamente, es nuestro parecer que si cesa la discapacidad del

---

<sup>1460</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 82; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 11; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 158; DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 372.



habitationista o este deja de tener necesidad de alojamiento, el derecho de habitación excepcional que se constituyó a su favor, ya sea por virtud de la voluntad del causante o por ministerio de la ley, no podrá mantenerse hasta su eventual fallecimiento, sino que deberá extinguirse.<sup>1461</sup> Ya que entendemos que tanto la discapacidad como la necesidad no solo constituyen parte de los requerimientos para la atribución del derecho de habitación especial, sino que también tienen el carácter de una *conditio iuris* resolutoria implícita. Por un lado, la discapacidad del favorecido es un elemento medular en el que se fundamenta el espíritu del art. 822 del CC, específicamente, y, en términos generales, el de la LPPPD. Siendo así, la curación del discapacitado es causa suficiente para que se extinga el derecho de habitación especial y para que, a su vez, los afectados con su constitución y mantenimiento, que ordinariamente serán el resto de legitimarios no discapacitados, dejen de soportar la vulneración que el mismo les representa para su propio derecho hereditario.<sup>1462</sup>

Por otro lado, la necesidad de vivienda es una característica inherente a la naturaleza del derecho de habitación ordinario que se concede a título gratuito. Esencia que evidentemente se extiende al derecho de habitación excepcional, no solo respecto a su variedad legal, donde claramente se hace mención de ella y, a nuestro modo de ver, no meramente como un requisito para su atribución, sino también en cuanto a su tipología voluntaria. Perspectiva que es, asimismo, cónsona con el objetivo de la LPPPD de ayudar patrimonialmente a aquellas personas que por su condición de discapacidad más lo necesitan. De ahí que para cumplir con esta intención se identificaran diversas figuras jurídicas, siendo el derecho de habitación especial el mecanismo elegido para satisfacer la necesidad de residencia que pudiera hacerse manifiesta, al morir el titular de la vivienda habitual en la que el legitimario discapacitado venía habitando. Desapareciendo esa necesidad, por ejemplo, debido a que es indispensable que el discapacitado sea internado en una institución especializada en su condición, porque ya no puede vivir solo, se murió la persona que lo cuidaba, que generalmente es su progenitor, o ya se hace imposible atenderlo en la vivienda familiar, deja de tener sentido que en su beneficio se mantenga el derecho de habitación

---

<sup>1461</sup> Si la discapacidad desaparece en un momento en que la persona ya no puede incorporarse al mercado de trabajo, una de las posibles soluciones para evitar que quede desamparada sería que le pida alimentos a sus parientes, según se posibilita a través de los arts. 142 al 153 del CC.

<sup>1462</sup> SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 159; RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J., «La Reforma del Derecho de Sucesiones con Motivo de la Protección de Personas con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 11. Véase, además, SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, 2008, pág. 498; DONADO VARA, A., «Reflexiones sobre el Nuevo Derecho de Habitación Constituido en favor de un Legitimario con Discapacidad», *op. cit.*, pág. 372; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, págs. 2553 y 2556.

especial con sus consecuentes efectos, comúnmente, en la porción legal del resto de herederos forzosos no discapacitados. Igualmente, el discapacitado ya no tendría necesidad de vivienda en el supuesto de que en la lotería se ganara un premio de millones de euros o recibiera una herencia importante de un pariente lejano, ya que contará con poder adquisitivo suficiente para comprar una casa adaptada a su condición de discapacidad. En definitiva, ante la ausencia de necesidad de alojamiento tiene que extinguirse este especial derecho real limitativo de dominio.<sup>1463</sup>

Asimismo, producto del análisis combinado de los arts. 529 y 513 del CC, al derecho de habitación ordinario y especial le son aplicables el resto de modos de extinción del usufructo, además de la causal de la muerte. Por tanto, su extinción será motivada por el hecho de que en la misma persona del discapacitado se reunieran el derecho de habitación y el de propiedad, según se establece en el art. 513.3 del CC. Circunstancia que podría ocurrir si, por ejemplo, el legitimario con discapacidad recibe la propiedad exclusiva de la vivienda familiar, siendo esta el único bien de la herencia, a causa de que los herederos hubieran repudiado su parte en la misma. La consecuencia de convertirse en heredero único del bien inmueble podría serle perjudicial al legitimario discapacitado, ya que para sufragar las deudas o cargas de la herencia se vería forzado a enajenar la vivienda habitual.<sup>1464</sup> Situación que provocará que el discapacitado pierda el medio de satisfacer su necesidad de alojamiento, lo que resulta ser un efecto contradictorio a la finalidad protectora que el legislador pretende con la institución del derecho de habitación excepcional.<sup>1465</sup>

---

<sup>1463</sup> SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 159; SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad: Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, 2008, pág. 498. Con una perspectiva diferente, LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 224, no cree posible que el derecho de habitación legal se extinga porque el habitacionista haya dejado de tener la necesidad de residir en la vivienda habitual. Es su parecer, que aceptar esa postura «supondría dar a la necesidad exigida el carácter de condición resolutoria (cosa que podría hacer el disponente en caso de atribución voluntaria) pero el legislador solo ha conferido a esa necesidad el carácter de *conditio iuris* para su atribución legal».

<sup>1464</sup> Aunque, como comentado en la sección 2 de este capítulo, la consolidación como una de las formas de extinción del derecho de habitación especial, se puede evitar mediante la aplicación de la figura jurídica del prelegado.

<sup>1465</sup> Al reflexionar sobre esta asunto, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Aspectos Controvertidos del Legado de Habitación Previsto por el Artículo 822 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 157 – 161 y nota 22, plantea que el legislador debió haber sopesado excluir esta forma de extinción, en base al propio interés del titular del derecho de habitación excepcional, es decir, a la especial motivación y fundamento de esta institución jurídica. Entiende que no hubiera habido problema alguno con ello porque existen concretas excepciones que permiten que ciertos derechos limitados no se extingan por consolidación. Destacando, «[p]or ejemplo, [la] hipoteca o servidumbre de propietario, la situación que deriva de la hipoteca de usufructo, o incluso [el] usufructo de propietario sobre cosa mueble en Derecho catalán». Propone, sin embargo, que al legado o donación del derecho de habitación de carácter voluntario, excluyendo al supuesto de atribución *ex lege*, en el que sin remedio operaría la mencionada forma de extinción, se le permita, igual que en el caso del usufructo de

También, este especial derecho de habitación se extinguiría, conforme se dispone en el art. 513.4 del CC, si el legitimario discapacitado renunciara válidamente al mismo. Aunque, en el caso de que este estuviera incapacitado, su tutor o curador solo podría renunciar a este derecho real de habitación, de acuerdo con el art. 271.3 del CC, mediante autorización judicial. De acuerdo al art. 513.5 del CC, igualmente, la pérdida total de la vivienda habitual objeto del derecho de habitación especial será otra causa de la extinción de este derecho real limitativo de dominio. Además, su extinción podría ser consecuencia, como se permite en el art. 513.7 del CC, de que el derecho de habitación excepcional hubiera prescrito, debido a que el habitacionista dejó de residir en la vivienda familiar. Acto que es el que da lugar a que comience a transcurrir el tiempo para que se concrete la aludida prescripción.<sup>1466</sup>

De tratarse, particularmente, de la constitución voluntaria del derecho de habitación del art. 822.1 del CC, este puede extinguirse, según se permite en el art. 513.6 del CC, si al constituyente se le hubiera consumado el derecho, por ejemplo el de usufructo, en el que fundamento dicha atribución.<sup>1467</sup> Su extinción podría, incluso, deberse a que el disponente, conforme se establece en el art. 513.2 del CC, hubiera incluido en el título constitutivo un plazo para el vencimiento de este derecho real o consignado una condición resolutoria. Así aparenta entenderlo cierto autor<sup>1468</sup>, al argumentar que el art. 822.1 del CC no impide que el causante constituya el derecho de habitación especial a favor del legitimario discapacitado, con carácter temporal o condicional. Siendo lo determinante, según se percibe del art. 523 del CC respecto al derecho de habitación ordinario y extensible al especial, el contenido del título constitutivo. Es su criterio que la circunstancia de que el constituyente hubiera reducido el tiempo del derecho de habitación excepcional o condicionado, suspensiva o resolutoriamente, su existencia, no puede llevar a concluir que esta institución jurídica no cumplirá con la finalidad legislativa para la cual fue creada, que es satisfacer la necesidad de vivienda del heredero forzoso con discapacidad. Más aún cuando el causante pudo haber

---

propietario, que la consolidación se elimine como causa automática de extinción en el justo momento en que es constituido por el disponente. Justificando tal proceder, por un lado, en la autonomía de la voluntad del constituyente y, por otro lado, en la existencia de excepciones legales a la forma de extinción de la consolidación. No obstante, reconoce que, aunque interesante, esta perspectiva es de difícil defensa ante los tribunales, situación que, a su parecer, se pudo haber superado si la institución del legado legal de habitación se hubiese regulado con mayor precisión.

<sup>1466</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 82 y nota 116; SAP de Barcelona, núm. 69, de 10 de febrero de 2004, Sección 12<sup>va</sup>, (JUR 2004/92278).

<sup>1467</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, pág. 224.

<sup>1468</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades Testamentarias y otras Disposiciones en Materia de Sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *op. cit.*, págs. 213 y 224.

optado por no atribuirle al legitimario discapacitado la ventaja de este derecho real limitativo de dominio. Conclusión que, para este estudioso, no varía por el hecho de que si el disponente no lo establece, la ley lo hará, ya que el mismo art. 822.2 del CC faculta al testador para excluir la aplicación del derecho de habitación especial o simplemente disponer una cosa contraria a este.

Sobre este asunto, consideramos que el disponente puede sujetar la existencia del derecho de habitación excepcional a una condición resolutoria, como podría ser la persistencia en el legitimario habitacionista de la necesidad de vivienda y de la condición de discapacidad.<sup>1469</sup> No obstante, en cuanto a la posibilidad de que su aplicación se limite a un período de tiempo, solamente la entendemos viable si su duración se pauta hasta la fecha de la muerte del discapacitado. Solo así se podría cumplir plenamente con el objetivo general de la LPPPD, de proteger patrimonialmente a los discapacitados, y el específico de la señalada norma, de proveerle al legitimario con discapacidad la vivienda habitual como techo para vivir, ordinariamente, de forma vitalicia.

Finalmente, el art. 529 del CC añade el abuso grave del habitacionista como una causa más para que se extinga el derecho real de habitación. Causa que se estima debe ser objeto de una interpretación restrictiva.<sup>1470</sup> Por ejemplo, se ha entendido que tiene que ver con «la punición civil de aquellas acciones u omisiones dolosas, e incluso aquéllas que derivadas de culpa lata, tienen como resultado inmediato un daño grave para la forma, naturaleza o finalidad económica de la cosa, apreciable en un desmerecimiento en valor de la cosa o de la vivienda deriva de tal conducta civilmente sancionable».<sup>1471</sup> Aunque, la generalidad de la doctrina piensa que en el término «abuso grave» caben también las extralimitaciones

---

<sup>1469</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 865, El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 304, «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación», *op. cit.*, pág. 26; «El Discapacitado y la Tangibilidad de la Legítima: Fideicomiso, Exención de Colación y Derecho de Habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», *op. cit.*, pág. 94.

<sup>1470</sup> MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual a favor del Discapacitado en el Derecho Español», *op. cit.*, pág. 2553; RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 822 del CC», *op. cit.*, pág. 872; FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 83 y nota 119 y DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Artículo 529 del CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales: Arts. 467 – 529 del CC*, Tomo VII, Vol. 1, (dirs.) M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Ed. EDESA, 2ª edición, 1992, págs. 665 – 666, ambos autores haciendo referencia a la STS de 28 de noviembre de 1908 y a la STS de 30 de abril de 1910. Véase, además, SAP de Zaragoza, núm. 283, de 19 de abril de 2000, Sección 5ª, (AC 2000/3180); SAP de Lugo de 8 de julio de 1994, (AC 1994/1195).

<sup>1471</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Uso, Habitación y Vivienda Familiar*, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1987, pág. 97, bajo su concepción de que el abuso grave de la habitación se refiere exclusivamente al «mal uso» del art. 520 del CC respecto al usufructo. Por lo que, rechaza toda referencia al abuso como concepto jurídico.

jurídicas que comete el habitacionista al ejercer su derecho real de habitación.<sup>1472</sup> Proceder compatible, a modo ejemplificativo, con la introducción de un tercero<sup>1473</sup> en la vivienda o la enajenación del derecho de habitación, que sería nula al tratarse de un derecho indisponible.<sup>1474</sup> Actuaciones abusivas respecto a las que el discapacitado no siempre será imputable. Sin embargo, de esta clasificación se ha excluido a las obras de conservación que realiza el habitacionista, puesto que, en coherencia con el estudio conjunto de los arts. 528 y 500 del CC, este tiene la obligación de hacer las reparaciones ordinarias que requiera la habitación.<sup>1475</sup> Así como tampoco podrían considerarse como abuso grave las obras que este realice para adaptar el bien inmueble a su condición de discapacidad.<sup>1476</sup> De igual forma, no se puede calificar de gravemente abusivas aquellas consecuencias que son producto de una omisión y no de un acto, como sería el caso del deterioro de la habitación.<sup>1477</sup>

Al extinguirse el derecho de habitación especial pasa a ser pleno el de propiedad, por lo que al propietario se le deberá restituir, *in natura*, la vivienda y sus accesorios. Ese propietario será el sucesor, usualmente un legitimario no discapacitado, al que se le hubiera adjudicado la vivienda habitual en la partición de la herencia.<sup>1478</sup> Siendo lo normal que, por ser la vivienda familiar el único o principal bien del caudal hereditario, todos los legitimarios, discapacitados o no, sean los dueños del bien inmueble que ha sido objeto del derecho de

---

<sup>1472</sup> DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Artículo 529 del CC», *op. cit.*, págs. 663, 665 y 666; LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos Reales*, *op. cit.*, pág. 81.

<sup>1473</sup> Aclaramos que, a nuestro modo de ver, no se puede considerar como tercero al familiar del titular discapacitado, ni a su cuidador o asistente.

<sup>1474</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos Reales*, *op. cit.*, pág. 81; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 159 y notas 43 y 44. Véase, también, SAP de Barcelona de 26 de enero de 2001, Sección 11<sup>va</sup>, (JUR 2001/145932); SAP de Lugo de 8 de julio de 1994, *supra*.

<sup>1475</sup> SAP de Madrid de 3 de julio de 2000, Sección 11<sup>va</sup>, (JUR 2000/277431); SAP de las Palmas, núm. 145, de 30 de marzo de 2007, Sección 4<sup>a</sup>, (JUR 2007/147837). Véase, además, FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 83; SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 158 y nota 42.

<sup>1476</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 83.

<sup>1477</sup> SAP de Zaragoza, núm. 283, de 19 de abril de 2000, Sección 5<sup>a</sup>, (AC 2000/3180). Véase, también, SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 158 y RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 822 del CC», *op. cit.*, pág. 872, ambos autores haciendo referencia a la STS de 28 de noviembre de 1908 y a la STS de 30 de abril de 1910.

<sup>1478</sup> Véase: SANZ VIOLA, A. M., «El Derecho de Habitación Legal a Favor del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 159.

habitación excepcional hasta el justo momento de su extinción.<sup>1479</sup> Supuesto que implicará la afectación cuantitativa y cualitativa de la legítima. Aunque, también, podría darse el caso de que el propietario fuera el cónyuge superviviente, si resulta que es ganancial la vivienda familiar sobre la que se hizo recaer la donación del derecho de habitación del art. 822.1 del CC y que el viudo, que autorizó conjuntamente con su consorte premuerto dicha concesión, eligió que la casa le fuera atribuida en propiedad, como resultado de ejercitar, en la partición de los bienes gananciales, el derecho de adquisición preferente que se le confiere a través de los arts. 1406 y 1407 del CC.

## CONCLUSIÓN

Es innegable que la aprobación legislativa del derecho de habitación del art. 822 del CC es muy significativa para la institución de la familia, en particular, y también para la sociedad, en general. Ello, sin embargo, no desvanece el hecho de que en esta norma subyacen errores técnico jurídicos, tanto por lo incluido en su contenido como por lo omitido en el mismo. Para lograr que la aplicación del derecho de habitación especial pueda resultar efectivo y no se torne en una institución jurídica más, con buenas intenciones, pero muy poco utilizada por los causantes, nos hemos visto precisados a interpretar el art. 822 del CC teniendo en cuenta tres consideraciones principales: (1) la específica finalidad de este precepto, (2) el propósito general de la LPPPD y (3) la lógica del régimen legitimario.

En cuanto a la expresión «legitimario persona con discapacidad» que se utiliza en el art. 822.1 del CC, hemos concluido que no solo cabe el heredero forzoso cuya condición de discapacidad esté certificada administrativamente por el órgano gubernamental pertinente, sino también lógicamente aquel que haya sido incapacitado judicialmente. No tiene que cumplirse con la certificación administrativa que se exige para validar una condición de discapacidad, sino que bastará la sentencia judicial en la que se hubiera declarado su incapacitación. En todo caso, tanto la determinación administrativa de discapacidad como el dictamen judicial de incapacidad, deben existir al momento de la muerte del causante titular de la vivienda habitual. Como máximo, solo se permitirá la circunstancia en que el proceso administrativo para la declaración de discapacidad o el judicial para establecer la

---

<sup>1479</sup> Véase: RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al Artículo 822», *op. cit.*, pág. 6103, «El Derecho de Habitación Establecido a Favor del Legitimario Discapacitado como Gravamen sobre la Legítima Estricta», *op. cit.*, pág. 4026; FLORES RODRÍGUEZ, J., «El Nuevo Artículo 822 del Código Civil: El Derecho de Habitación sobre la Vivienda Habitual como Fórmula de Tutela Sucesoria Preventiva en Beneficio del Discapacitado», *op. cit.*, pág. 58.

incapacitación se hubieran iniciado antes del óbito del causante, siempre que el mismo se concluya con una determinación positiva de incapacidad o discapacidad.

La necesidad de vivienda del legitimario discapacitado debe considerarse también como un requisito esencial del derecho de habitación especial que se constituye voluntariamente, a pesar de que solo se haya establecido expresamente respecto a su atribución por virtud de la ley. La no inclusión explícita de este requerimiento en el supuesto del art. 822.1 del CC se justifica en que se entiende que el disponente únicamente recurrirá al derecho de habitación especial si considera que a través de esta figura jurídica se puede satisfacer la necesidad de alojamiento que, previamente, ha identificado en su legitimario discapacitado. No olvidemos que la razón de ser del derecho de habitación ordinario es satisfacer la ausencia de residencia de una persona. Y que la finalidad de la LPPPD es proveerle protección patrimonial a los discapacitados, siendo el art. 822 del CC la herramienta jurídica seleccionada para atender el problema que este sector vulnerable tiene para disponer de un techo en el que pueda vivir. Además de que el requisito de carencia de alojamiento se desprende, a su vez, de la exigencia expresa de la norma del art. 822.1 del CC, de que el legitimario discapacitado debe haberse encontrado conviviendo con el disponente en el instante en que este murió.

En definitiva, tratándose de una excepción más al principio de intangibilidad de la legítima, esta, como las demás, también debe fundamentarse en un objetivo encomiable, que en el supuesto del art. 822 del CC no puede ser otro que satisfacer la necesidad real del legitimario discapacitado de habitar en la vivienda habitual, por lo general, de forma vitalicia. Su inexistencia al óbito del causante activará el sistema legitimario ordinario, resultando en que al resto de herederos forzosos no discapacitados se les deberá respetar su porción legal, tanto en cuanto a su vertiente cuantitativa como a la cualitativa. Ya que la afectación de la legítima de los no discapaces no se puede justificar en el propósito baladí de aumentar el patrimonio del legitimario discapacitado.

Igualmente, y salvo que el testador hubiera dispuesto lo contrario, a la modalidad voluntaria de este derecho real limitativo de dominio le debe resultar aplicable la limitación que el legislador impuso, única y expresamente, al titular del derecho de habitación especial atribuido por ministerio de la ley, de tener que convivir en la vivienda habitual con aquellos legitimarios no discapacitados que lo necesiten y que hubieran estado residiendo en ella junto a él y al causante en el instante en que este último falleció. Este enfoque no afecta los intereses del legitimario con discapacidad, sino que más bien permite que el resto de herederos forzosos no discapacitados no se vean obligados a tener que abandonar la vivienda

familiar, mientras tengan una genuina necesidad de alojamiento. Posibilidad que impide que estos se afecten más aún con el derecho de habitación excepcional.

De otra parte, la pretendida coexistencia que en el art. 822.4 del CC se promueve respecto a los derechos del legitimario discapacitado y los del viudo, no se alcanzará si el cónyuge supérstite opta por ejercitar su derecho de atribución preferente para que se le confiera la propiedad de la vivienda habitual de carácter ganancial sobre la que el cónyuge premuerto hizo recaer el legado de derecho de habitación especial. Al carecer los consortes de una cuota indivisa sobre cada una de las cosas concretas que existen en el patrimonio que integra la sociedad de gananciales, conforme al art. 1380 del CC, la efectividad del legado de cosa ganancial, o de derecho que se constituye sobre un bien ganancial, quedará subordinada al resultado de la liquidación y partición de la comunidad conyugal de bienes gananciales.

Significa que si la vivienda habitual y ganancial se adjudica al lote del cónyuge premuerto, se cumplirá *in natura* el legado del derecho de habitación que este hubiera constituido sobre ella. En cambio, si se adjudica al del cónyuge sobreviviente, se entenderá que al legitimario discapacitado se le legó el valor de este derecho real limitativo de dominio, al momento del óbito del cónyuge testador. Con la consecuencia de que a esta compensación económica no le serán aplicables los efectos del art. 822 del CC y sí el régimen legitimario ordinario. En la medida en que a través de esta no se obtiene el objetivo que el legislador buscaba con esta norma, que al legitimario discapacitado se le resuelva su problema de alojamiento permitiéndole que continué residiendo en la vivienda habitual el resto de su vida.

Como se sugiere expresamente en el art. 822.1 del CC, la constitución del derecho de habitación especial tendrá el efecto de exceptuar la vertiente cuantitativa del principio de intangibilidad de la legítima. La intención es que, tanto en su modalidad voluntaria como legal, esta figura jurídica signifique otro beneficio más para el legitimario discapacitado, además de su cuota hereditaria, que recibirá sin reducción alguna. Para que este objetivo se cumpla, hemos creído conveniente que la expresión de que el derecho de habitación excepcional «no se computará para el cálculo de las legítimas», incluida en el apartado primero del art. 822 del CC, debe entenderse en su sentido más amplio. No es solo que la donación del derecho de habitación especial no se sumará a los bienes relictos para fijar la masa hereditaria y que si se atribuyó a título de legado, este deberá detraerse de la misma, sino que será preciso que este derecho real limitativo de dominio, en cualquiera de sus modalidades, legal o voluntaria, no sea objeto de imputación, ni que su valor sea colacionable.



Asimismo, hemos determinado que si el único o principal bien en la herencia del causante es la vivienda habitual, lo que será lo normal en la sociedad española, se deberá estimar, aunque no se haya establecido expresamente, que el derecho de habitación especial impuesto sobre esta ocasionará una permitida lesión al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Tengamos en cuenta que las otras normas que excepcionan la vertiente cualitativa del principio de intangibilidad de la legítima, que hemos estado estudiando a través de todo este escrito, con la salvedad del supuesto de la sustitución fideicomisaria especial, no fueron incluidas explícitamente como excepciones al art. 813.2 del CC. Una interpretación diferente provocaría que esta institución jurídica se tornara ineficaz. De una parte, el derecho de habitación especial solo podría aplicarse en los limitados casos de patrimonio hereditario opulentos, que según hemos entendido no es precisamente el supuesto principal que se pretendía atender con esta figura jurídica, en los que la legítima de los no discapacitados no se vería afectada con este porque la misma se podría abonar con bienes diferentes a la vivienda habitual. De otro lado, si se tratara de un caudal hereditario regular en el que la vivienda familiar es el bien esencial, los no discapacitados tendrían la facultad de exigir que su legítima no se viera gravada por este derecho real limitativo de dominio.

La discapacidad y la necesidad de vivienda funcionarán como *conditio iuris* resolutorias, además de servir de presupuestos para la atribución voluntaria o legal del derecho de habitación especial. Tanto la finalidad particular de la norma del art. 822 del CC como la general de la LPPPD deja de tener sentido si el legitimario supera su condición de discapacidad o ya no necesita continuar residiendo en la vivienda familiar porque cuentan con otras posibilidades patrimoniales y económicas. Más aún, es injustificable que se mantenga la vulneración de la legítima de los no discapacitados. En fin, que la desaparición de la discapacidad y de la necesidad de alojamiento en el hogar familiar, son causas suficientes, entre las otras tantas que hemos presentado, para que el derecho de habitación especial no se mantenga por toda su vida, sino que se extinga anticipadamente.

Es sencillo, las excepciones al principio de intangibilidad de la legítima únicamente pueden justificarse en la consecución de un propósito trascendente, con efectos en la familia, en la economía o en la sociedad. Así lo hemos observado a través del estudio de todos los supuestos incluidos en este trabajo y el derecho de habitación especial no se exceptúa de este enfoque. Su objetivo, que guarda correspondencia con el de la propia LPPPD, no solo es loable, sino muy necesario, puesto que, además de significar un incremento en la autonomía de la voluntad del testador, busca brindarle la seguridad de un techo al legitimario

discapacitado, mediante la atribución del disfrute de la vivienda habitual, ordinariamente, de manera vitalicia.

Si el beneficiado legitimario ni es discapacitado y, a su vez, no tiene necesidad de vivienda o inicialmente cuenta con ambos elementos, pero alguno de ellos desaparece en el transcurso del tiempo, antes de su fallecimiento, entonces no se sostiene que se vulnere la intangibilidad de la legítima de los no discapacitados. En otros términos, el derecho de habitación especial no será efectivo o, habiéndolo sido, se deberá extinguir. Significando ello que el principio de intangibilidad de la legítima vuelve a retomar su razón de ser, que no es otra que garantizar el contenido del derecho legitimario de los herederos forzosos y la calidad y forma en que estos deben percibirlo, es decir, con bienes hereditarios y sin gravamen alguno. De ahí nuestra insistente afirmación de que con cada uno de los supuestos estudiados, inclusive el derecho de habitación especial, el principio de intangibilidad de la legítima, y especialmente, por nuestro objeto de estudio, su vertiente cualitativa, no se ha desnaturalizado, sino que se desactiva ante un interés legislativo de mayor importancia.

Igualmente, ha sido nuestra apreciación que con el derecho de habitación especial, similar a lo que ocurre con las otras figuras jurídicas examinadas en este trabajo, ni se altera la naturaleza de la legítima, que sigue siendo *pars bonorum*, y tampoco se vulnera el contenido esencial del derecho constitucional a la herencia. Con la aplicación de este derecho real limitativo de dominio, y ante la circunstancia en que la casa sea el único o principal bien de la herencia, los no discapacitados adquieren la nuda propiedad de la vivienda habitual desde el momento del deceso del causante. Solamente ven pospuesto el disfrute de la casa hasta que el legitimario con discapacidad fallezca o, inclusive, antes, si se produce alguna de las otras causas de extinción del derecho de habitación excepcional. Eventualidad que será la que provocará que el contenido de su derecho legitimario se complete. Aunque, también, pueden usar la vivienda familiar, si convivían con el causante titular y el legitimario discapacitado al instante del óbito del primero y, además, tienen necesidad de alojamiento. Incluso, pueden utilizar parte de la misma y aquellas piezas que sean de uso común, si en el título constitutivo el disponente definió que este derecho real recaería solo sobre las partes de la vivienda habitual que fueran necesarias para el legitimario discapacitado y su familia. En definitiva, aun muriendo antes que el legitimario con discapacidad, el resto de herederos forzosos podrá transmitirle su derecho sobre la vivienda habitual a sus propios herederos, por la lógica del sistema legitimario.



## CONCLUSIONES FINALES

1. El derecho constitucional a la herencia es un derecho fundamental, pero no de carácter tradicional o, lo que es lo mismo, estrictamente subjetivo. Aunque cuenta también con esta cualidad, su esencia es principalmente objetiva, es decir, como institución de Derecho sucesorio. Siendo así, el legislador está impedido de afectar su contenido esencial, que es el que lo ha hecho reconocible ante la sociedad española. Ni la legítima, ni su principio de intangibilidad cualitativa y tampoco su vertiente cuantitativa son parte de ese contenido esencial. Esta institución civil solo fue el mecanismo jurídico por el que el legislador optó para garantizar este derecho fundamental. Al no ser el sistema legitimario indisponible para el legislador, no se puede alegar que es inconstitucional la tendencia dirigida a extender la autonomía de la voluntad del causante, mediante la elaboración de normas que resultan en la flexibilización del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, tanto respecto a la forma como a la calidad en que esta normalmente debe percibirse. Más bien, estas normas resultan ser armónicas con el derecho constitucional y fundamental a la herencia, porque contribuyen al fortalecimiento de su vertiente social sin vulnerar la esencia de su ámbito individual.
2. Tres ideas son importantes respecto a la evolución histórica del sistema legitimario español. Primero, es resultado de la influencia de tres concepciones históricas y jurídicas diferentes: el Derecho romano, el germánico y el visigodo. Segundo, la intención primordial de la institución de la legítima siempre ha sido salvaguardar los derechos que los familiares más próximos tienen en el caudal relictivo de su pariente fallecido. Tercero, la legítima y su principio de intangibilidad, como los conocemos hoy día, tomaron esencialmente su forma en el Derecho romano y particularmente en el periodo de Justiniano. Precisándose su carácter en el Derecho castellano y precodicial, hasta alcanzar su forma actual en el Código Civil. Significa que la configuración de la naturaleza jurídica de la legítima como *pars bonorum*, que exige que al heredero forzoso se le pague una porción de los bienes relictos del causante, sin imposición de gravamen alguno, se explicó en el periodo justiniano y se fue afinando a través de los años, hasta que finalmente se recogió en el vigente Código Civil.
3. Por consideraciones concretas y objetivas, como lo es la indivisión o dificultad de dividir un bien, se permite exceptuar el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, en lo que respecta a la calidad en que el legitimario no adjudicatario debe

percibir su cuota. A pesar de estas normas de conmutación, el conmutado continua siendo un legitimario de igual nivel que el adjudicatario de los bienes. Únicamente difieren en cuanto a la calidad en que reciben su derecho legitimario. Tanto con el supuesto de legado de bien indivisible (art. 821 del CC) como con el de mejora de cosa determinada (art. 829 del CC) a título de legado, el beneficiario no se convierte en propietario exclusivo del bien adjudicado por cualquiera de estas dos consideraciones. Primero, al tratarse de una adjudicación inoficiosa no resulta aplicable el art. 882 del CC. Segundo, la condición suspensiva de tener que pagar en efectivo extrahereditario la legítima del no adjudicatario hace igualmente inaplicable el contenido del art. 881 del CC. Tipo de condición que evidentemente está presente también en el supuesto de una mejora de cosa determinada que se hubiera otorgado con carácter de donación, una vez se ejercita la acción de reducción y efectivamente se determina que esta debe reducirse en cuanto al exceso. Realidad que no solo ocasiona que el conmutado continúe siendo parte de la comunidad hereditaria, sino que respecto al bien objeto de la adjudicación mantiene una copropiedad junto con el adjudicatario. Todo ello hasta que el conmutante cumpla con su obligación de abonarle su parte legal al conmutado en metálico no hereditario. En definitiva, el derecho legitimario del no adjudicatario está protegido hasta su satisfacción por la naturaleza jurídica de la legítima que persiste como *pars bonorum* y, entre otras garantías, específicamente por la reserva legal del art. 806 del CC, que es parte integral de esta.

4. Con el supuesto especial de partición testamentaria, contenido en el art. 1056.2 del CC, el legislador permitió que no fueran aplicables las dos vertientes del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Mediante esta norma, no solo se logra ampliar la libertad de disponer *mortis causa* del testador, propósito que se hace también funcional a través de la figura del contador partidor testamentario o del cónyuge fiduciario del art. 831 del CC, al posibilitarle que adjudique la empresa o su paquete de acciones o participaciones en la sociedad a la persona que considere más idónea, sino que se alcanza el objetivo social y económico de que se preserve una explotación económica o se mantenga el control societario. Su aplicación tampoco tiene la consecuencia de convertir al conmutado en un legitimario de segunda categoría. La diferencia entre el adjudicatario y el conmutado esencialmente estriba en que el primero percibe su legítima en bienes hereditarios y sin afectación alguna, mientras el segundo recibirá la suya en efectivo extrahereditario y sujeta a aplazamiento. Contexto que no altera el hecho de que el derecho legitimario del no adjudicatario está salvaguardado

hasta su efectiva satisfacción. Primero, por la reserva legal del art. 806 del CC, puesto que la naturaleza de la legítima persiste como *pars bonorum*. Segundo, al mantenerse como cotitular de los bienes de la herencia junto al adjudicatario, ya que su derecho no fue individualizado y el beneficiado solo alcanza la plena titularidad sobre el bien adjudicado si, dentro del término máximo de cinco años, evita que se manifieste la condición resolutoria de impago, es decir, si cumple con la obligación de pagar en dinero no hereditario la legítima del legitimario conmutado. Tercero, la constancia de la condición resolutoria en el Registro de la Propiedad, es decir, de que la adjudicación del bien es una claudicante, servirá para que el derecho del no adjudicatario quede también protegido frente a terceros registrales. Cuarto, su legítima en dinero no hereditario se establece considerando cuánto valen los bienes relictos, en general, y, en específico, la explotación económica objeto de adjudicación en el momento en que se fuera a satisfacer la misma. Quinto, pueden exigir que los bienes del caudal hereditario se distribuyan entre todos los herederos forzosos conforme a las normas generales de partición, tanto si no se estableció explícitamente la forma en que la misma debía pagarse como si el adjudicatario no evitó que surgiera la condición resolutoria del impago. Asimismo, el mecanismo de la partición normal se activará si no habiéndose establecido un periodo de posposición para el pago de la parte legal de los conmutados, el adjudicatario incumplió con abonarla.

5. Los arts. 841 al 847 del CC suponen un supuesto general de conmutación de la legítima porque, contrario a los concretos, no requieren que haya un criterio objetivo para que el testador pueda asignarle sus bienes a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios. Viene a ser otro ejemplo más de una norma que excepciona la calidad y forma en que ordinariamente debe satisfacerse la legítima. Aquí tampoco es sólida la titularidad del legitimario adjudicatario sobre los bienes relictos, desde la muerte del testador y hasta que efectivamente este haga el pago de la cuota legal de los legitimarios conmutados. Al tratarse de una norma particional especial o excepcional, este solo cuenta con una facultad de optar por conmutar la porción hereditaria de los conmutados atada a una serie de requisitos que vienen a ser condiciones suspensivas dirigidas a la consecución de la condición suspensiva principal que es el pago de la cuota hereditaria de los legitimarios conmutados en efectivo no hereditario, en un término no mayor de 2 años o aquel que las partes hubieran acordado. Cuota que, de igual forma, deberá satisfacerse considerando el valor que tuvieran los bienes hereditarios al momento en que esta se fuera a liquidar. Hasta que esto ocurra, la legítima de los conmutados está

asegurada por el hecho de que entre ellos y el conmutante existe una comunidad hereditaria, por la reserva del art. 806 del CC, la cautela efectiva del art. 844.2 del CC y por la inscripción de la condición suspensiva en el Registro de la Propiedad, lo que tiene un efecto sobre terceros. Además de la posibilidad de instar el juicio de testamentaría, si se venció el plazo para compensar en metálico, si el conmutante optó por no ejercer la facultad de conmutación o si después de ejercerla no la comunicó dentro del plazo de 1 año, a partir de la muerte del causante.

6. Con la sustitución fideicomisaria especial, regulada en los arts. 782, 808.4 y 813.2 del CC, el legislador exceptuó explícitamente la aplicación del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, en el factor que tiene que ver con la forma en que usualmente el legitimario recibe su cuota legal. Se trata de otra excepción más que amplía la voluntad del testador, ya que este tendrá que decidir, directamente o a través del cónyuge supérstite del art. 831 del CC, si ejerce o no la facultad de instituir la sustitución fideicomisaria especial a favor de su descendiente legitimario incapaz. Siendo la incapacidad la condición legal esencial que justifica la constitución y el mantenimiento de este fideicomiso especial. Su institución no depende de que el testador distribuya el resto de su caudal hereditario a favor del fiduciario incapaz. Aunque el evidente incremento de sus opciones distributivas podrían resultarle favorable a este, si el testador opta por atribuirle casi todo su acervo hereditario. Es decir, su segundo y tercer tercio de la herencia, además del fideicomiso especial, que no incluye todo el primer tercio, sino la totalidad o una parte de la porción legitimaria de sus descendientes no incapacitados, a discreción del causante, porque la legítima del fiduciario incapaz queda excluida del gravamen fideicomisario.

7. El testador también tiene libertad para decidir a cuál de sus descendientes legitimarios incapacitados, de ser varios, designará como fiduciario. Lo que está impedido de hacer es nombrarlos como fideicomisarios, puesto que los propietarios verdaderos y definitivos de los bienes fideicomitados únicamente pueden ser los que de este grupo parental no tengan la condición de incapaces. Ya que la sustitución fideicomisaria especial, precisamente, se configura con la porción legitimaria que a estos les corresponde en el primer tercio de la herencia. A los hijos o descendientes incapacitados o los nombra como fiduciarios, es decir, como beneficiarios transitorios de los bienes objeto del fideicomiso especial, o simplemente los excluye del mismo. En cualquiera de los supuestos, se les deberá proveer su participación en la legítima estricta, implicando ello que de la sustitución fideicomisaria especial no solo quedará excluida la parte legal que

de la legítima corta le corresponda al fiduciario incapaz, sino además aquella que le pertenece a ese hijo o descendiente legitimario incapacitado que, por los motivos que fueran, el causante no quiso favorecer con la aplicación de esta herramienta jurídica.

8. La naturaleza de la sustitución fideicomisaria especial, en particular, y el sistema de legítimas, en general, no tienen nada que ver con la esencia del fideicomiso de residuo. Sus características funcionales son afines con las del fideicomiso puro, en la medida en que nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria especial cuyo objeto de gravamen es la legítima del fideicomisario no incapacitado. Razón suficiente para concluir que el fiduciario incapaz tiene igualmente la obligación de conservar los bienes fideicomitidos para en su momento entregárselos al fideicomisario no incapaz.

9. No admitimos que la naturaleza de este fideicomiso especial sea de residuo porque encontraríamos que en la práctica el tener un hermano incapacitado sería una causa de desheredación por la que se castigaría al legitimario fideicomisario no incapacitado, sin que hubiera nada reprochable en su conducta que lo hiciera merecedor de esta clase de sanción. Tengamos presente que la desheredación supone siempre una conducta incorrecta por parte del desheredado, lo que no se da en el esquema de la sustitución fideicomisaria especial a favor del descendiente legitimario incapacitado. Más específicamente, la desheredación solo es posible de darse alguna de las causas que están expresamente recogidas en los arts. 848 al 857 del CC, que funcionan como una sanción al comportamiento indebido del legitimario desheredado. De ahí que sea evidente que el fideicomiso de residuo colisiona frontalmente con la sustitución fideicomisaria especial, en particular, y con el régimen legitimario, en general, por lo que si se hubiera pretendido que existiera correspondencia entre todos ellos, se hubiese optado por modificar todo lo referente al sistema sucesorio de los descendientes. Siempre con el cuidado de que la opción legislativa seleccionada no tuviera el efecto de vulnerar el contenido esencial del derecho constitucional a la herencia, sino más bien que, como hasta ahora, fuera coherente con el mismo.

10. El acto de constituir la sustitución fideicomisaria especial no convierte al fideicomisario no incapacitado en un legitimario de menor nivel que el fiduciario incapaz. Su porción legitimaria está protegida por la naturaleza de la legítima que es *pars bonorum*, durante toda la fase fiduciaria. A la muerte del ascendiente fideicomitente, el fideicomisario no incapacitado no solo adquiere su derecho legitimario, sino que puede transmitírselo a sus propios sucesores, en caso de que premuera al fiduciario incapaz. Mientras perviva la fase fiduciaria, este solo verá



aplazada la posesión de los bienes hereditarios que componen su legítima, puesto que el fideicomitente le otorgó el uso y disfrute temporal de los mismos a su hijo o descendiente legitimario incapaz. El fiduciario incapacitado no tiene más que una titularidad provisional sobre los bienes fideicomitados porque el derecho legal sobre ellos lo tiene el fideicomisario no incapacitado. Carácter temporal y claudicante que se reflejará del Registro de la Propiedad y que junto a la naturaleza de la legítima y, particularmente, a la afección real del art. 806 del CC e incluso a la propia lógica funcional de la institución sucesoria elegida por el legislador para beneficiar al descendiente legitimario incapacitado, hacen que el fideicomisario no incapaz conserve vinculados los bienes que integran su derecho legitimario durante el tiempo que dure la fase fiduciaria. Vinculación que persistirá, por causa de estas mismas garantías, hasta el justo instante de la extinción del fideicomiso especial. Eventualidad ante la que, a menos que aplique la subrogación real, el fideicomisario no incapaz percibirá los bienes relictos correspondientes a su cuota legal.

11. La constitución del derecho de habitación especial (art. 822 del CC), ya sea en su modalidad voluntaria como legal, tiene el resultado de exceptuar el principio de intangibilidad de la legítima, en su vertiente cuantitativa y también en la cualitativa. El primer efecto el legislador lo manifestó claramente al establecer que este derecho real limitativo de dominio no se computará para efectos del cálculo de la legítima. Expresión que debe entenderse en su sentido más amplio para que se pueda cumplir el propósito de esta norma, que es proveerle un beneficio adicional al legitimario discapacitado, más allá de lo que le corresponde por su legítima. Ni se podrá sumar a los bienes de la herencia para fijar la masa hereditaria, en caso de que se tratara de una donación, y se deberá descontar de la misma, si se atribuyó a título de legado. Tampoco podrá ser objeto de imputación ni de colación. En cambio, el segundo efecto se materializa si la vivienda habitual es el único o principal bien del caudal relicto del causante. Una interpretación contraria tornaría en ineficaz esta institución jurídica porque los no discapacitados podrían exigir que su legítima no se gravara con este derecho de habitación especial.

12. La discapacidad y la necesidad de vivienda no solo son requisitos esenciales para la atribución voluntaria o legal del derecho de habitación excepcional, sino que también funcionan como *conditio iuris* resolutorias. No se sostiene que se transgreda la intangibilidad de la legítima de los no discapacitados, si ambos presupuestos no estaban presentes al fallecer el titular de la vivienda habitual o, habiendo existido en ese momento, desaparecen antes del óbito del legitimario discapacitado. Contexto ante el

que el derecho de habitación excepcional no es efectivo o, habiéndolo sido, debe extinguirse, con el consecuente resultado de que el principio de intangibilidad de la legítima retoma todo su sentido original de garantizar el contenido de la cuota legal de los herederos forzosos no discapacitados y de que esta se perciba sin gravamen alguno.

13. La limitación impuesta al heredero forzoso discapaz de tener que convivir con los legitimarios no discapacitados que lo necesiten y que hubieran estado conviviendo en la vivienda habitual junto a él y su titular en el momento en que este último falleció, la hacemos extensiva a la modalidad voluntaria del derecho de habitación especial, a menos que el testador hubiera dispuesto lo contrario, a pesar de que expresamente solo se estableció en cuanto a la legal. Los intereses del legitimario discapaz no se afectan con esta interpretación y, mejor aún, se evita que los herederos forzosos no discapacitados se vean más perjudicados con la aplicación del derecho de habitación excepcional.

14. Si el cónyuge supérstite opta por ejercitar su derecho de atribución preferente para que se le confiera la propiedad de la vivienda habitual de carácter ganancial sobre la que el cónyuge premuerto hizo recaer el legado de derecho de habitación especial, no se logrará la pretendida coexistencia que se promueve en el art. 822.4 del CC respecto a los derechos del legitimario discapaz y los del viudo. Los cónyuges no tienen una cuota indivisa sobre cada uno de los bienes del patrimonio que integra la sociedad de gananciales, por lo que, conforme al art. 1380 del CC, la efectividad del legado de derecho que se constituye sobre un bien ganancial queda sujeta al resultado de la liquidación y partición de la comunidad conyugal de bienes gananciales. Si la vivienda habitual y ganancial se adjudica al lote del cónyuge premuerto, se cumplirá *in natura* el legado del derecho de habitación especial que este hubiera constituido sobre ella. Sin embargo, si se atribuye al del cónyuge sobreviviente, se entenderá que al legitimario discapacitado se le legó el valor de este derecho real limitativo de dominio. Compensación económica a la que no le serán aplicables los efectos del art. 822 del CC y sí el régimen legitimario ordinario, al no lograrse el objetivo que se persigue con esta norma.

15. Con el derecho de habitación especial no se subvierte la naturaleza de la legítima como *pars bonorum*. Los legitimarios no discapacitados adquieren la nuda propiedad de la vivienda habitual que constituye el único o principal bien en el caudal relicto, a la muerte de su titular. Solo ven pospuesto su uso y disfrute como máximo hasta el deceso del legitimario discapacitado y anticipadamente si se manifiesta cualquiera de las causas de extinción de esta figura jurídica especial. Más aún, la lógica del régimen legitimario

permite que transmita a sus sucesores su derecho sobre la vivienda habitual, en caso de que premuera al legitimario discapacitado. En todo caso, además, podría disfrutar de la vivienda habitual en dos supuestos particulares: (1) si el testador limitó el derecho de habitación especial a las partes que fueran necesarias para el legitimario discapacitado y su propia familia, si la tuviera, y (2) si necesitara alojamiento y hubiera estado conviviendo en ella junto al discapaz y su titular en el momento del óbito de este último.

16. El estudio de estas seis normas que exceptúan el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima nos ha llevado a entender que son tres los elementos determinantes o motivantes principales que hace que se active la posibilidad de que la legítima pueda pagarse en efectivo extrahereditario y, en ciertas ocasiones, hasta con gravamen. En primera instancia, la relación de los supuestos con alguna finalidad, ya sea social, familiar o económica. Como segundo elemento imprescindible, encontramos que es preciso que se cumplan los requisitos legales de cada uno de los preceptos que viabilizan las diversas maneras de satisfacer la legítima. Por último, la voluntad del testador, ya sea manifestada de forma directa o indirecta, para hacer uso de cualquiera de estos preceptos excepcionales. Teniendo en cuenta que solo podrá establecer cosas diferentes a la norma, siempre que con su actuación no contradiga el propósito y contenido de la misma, sino que lo facilite y en todo caso que con ella no perjudique más, o más bien mejore, los derechos legitimarios de aquellos que tienen que soportar su aplicación. Todos estos factores deben estar presentes porque son interdependientes. Significa que si alguno de ellos no se materializa, entonces, no será viable que se aplique cualquiera de los supuestos que permiten que se exceptúe la norma general de pago de la legítima en bienes hereditarios y sin afectación alguna.

17. Ninguna de estas reformas realizadas en el Código Civil, respecto a la forma de organizar la sucesión y abonar la legítima, implican la desnaturalización de la legítima y una de sus características, el principio de intangibilidad cualitativa. Incluso, ni siquiera con relación al fideicomiso especial y ello a pesar de que, contrario a los demás supuestos, incide directamente en el tercio de legítima estricta y específicamente en la cuota legal del fideicomisario no incapacitado. Dentro del régimen legitimario, este no ha dejado de ser uno de los componentes que, junto al principio de intangibilidad cuantitativa, limita la libertad testamentaria del causante. Además, al persistir la concepción mayoritaria de que la naturaleza jurídica de la legítima del Código Civil es *pars bonorum*, su pago, como regla general, debe efectuarse en bienes hereditarios y sin someterlo a gravamen alguno. Lo que ha ocurrido es que el principio de intangibilidad

cualitativa de la legítima ha evolucionado para atender finalidades sociales de mayor envergadura, es decir, se ha adaptado a las nuevas realidades y necesidades de la sociedad. Por un lado, las normas que flexibilizan el sistema legitimario del Código Civil responden y están justificadas en las nuevas concepciones económicas, sociales y familiares que se han ido desarrollando a través de los años. Por otro lado, a través de estas el legislador ha conseguido ampliar la autonomía de la voluntad del testador de manera que tenga mayor libertad para distribuir su patrimonio al sucesor que entienda más conveniente.

18. No es caprichosa la opción del legislador español de flexibilizar la calidad y forma en que se percibe la legítima, puesto que la misma está atada a algún interés familiar, social o económico. Primero, se evitan los conflictos y disputas familiares a causa de la partición y liquidación de la herencia. Segundo, se evitan litigios largos y complejos ante los tribunales. Tercero, se provee mayor protección y seguridad al hijo o descendiente legitimario incapacitado, a través del establecimiento a su favor de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, o al legitimario discapacitado, mediante la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual del causante. Cuarto, se evita que los bienes desmerezcan o que su valor se perjudique ante la imposibilidad o conflictividad de realizar su partición. Quinto, se impide que se generen pérdidas en la economía, por no mantener el flujo de los bienes en el mercado. Sexto, se favorece la libre circulación de los bienes con la flexibilización en la calidad y la forma en que se recibe la legítima. Séptimo, se conserva la integridad de los bienes, incluyendo la explotación económica, lo que contribuye a preservar los empleos y, por ende, ayuda a la estabilidad familiar, social y económica del país.

19. Insistimos en que la naturaleza de la legítima como *pars bonorum* no varía por los aludidos supuestos que excepcionan el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima y, en ciertas ocasiones, su vertiente cuantitativa. En esos casos el aspecto de *pars bonorum* se salva por la reserva legal que se consagra en el art. 806 del CC, que funciona de garantía de todos los bienes que componen el patrimonio hereditario. A pesar de que se permite otra manera de satisfacer la porción legal, el legitimario afectado con los supuestos sigue siendo partícipe del caudal y no meramente un acreedor, mantiene las facultades normales respecto a este y, más aún, no pierde su posición jurídica, si el beneficiado con la norma incumple con los presupuestos de cualquiera de las especiales formas de satisfacción.

20. Aunque es incuestionable que estas reformas han logrado el propósito de aumentar la libertad testamentaria del causante, sus errores técnico jurídicos, particularmente, en referencia a la sustitución fideicomisaria a favor del descendiente legitimario incapacitado y al derecho de habitación en beneficio del legitimario discapacitado, son evidencia de que su elaboración no consideró el sistema legitimario en su totalidad y su conexión con otras figuras jurídicas del Derecho civil. Hecho que pone de manifiesto que, más tarde o más temprano, será necesario superar las reformas de parche para dirigirse hacia una que sea producto del estudio integral del régimen legitimario.

# **BIBLIOGRAFÍA**

**ABELLA RUBIO, J. M<sup>a</sup>**, «Capítulo III: Partición extrajudicial - Partición hecha por el testador», en *La Partición de la Herencia*, X. O'Callaghan Muñoz (coord.), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2006, págs. 135 - 213.

**ACEVEDO, H. L.** (editor), *La generación del 40 y la Convención Constituyente*, Ed. Universidad Interamericana de Puerto Rico, San Juan, P.R., 2003.

**AGUILERA Y VELASCO, A.**, *Colección de Códigos europeos y americanos: Código Civil italiano: comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América*, Ed. Librería Universal de Córdoba y Compañía, Madrid, 1881.

**ALBALADEJO GARCÍA, M.**, *La mejora*, Ed. Servicio de Estudios de los Colegios de Registradores, D. L., Madrid, 2003.

\_\_\_ «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», en *A.D.C.*, vol. 1, núm. 3, 1948, págs. 920 – 980.

\_\_\_ «A vueltas con la sustitución fideicomisaria que grava a favor de un descendiente incapacitado. La legítima estricta de los demás», en *R.R.A.J.L.*, núm. 37, 2007, págs. 167 – 173.

\_\_\_ «El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes», en *R.A.J.L.*, núm. 35, 2005, págs. 37 – 48.

\_\_\_ *Curso de Derecho Civil V: Derecho de sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 10ª edición, Madrid, 2013.

\_\_\_ *Curso de Derecho Civil V: Derecho de sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 11ª edición, revisada y puesta al día, conforme a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, por S. Díaz Alabart, Madrid, 2015.

\_\_\_ «La mejora del nieto», en *A.C.*, núm. 36, 6 – 12 Octubre, 1997, págs. 937 – 949.

\_\_\_ «Comentarios a los arts. 620 y 621 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, (dirs.) M. Albaladejo García, C. Paz - Ares Rodríguez, L. Díez - Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez – Cano, P. Salvador Coderch, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1580 - 1583.

\_\_\_ «Comentarios a los art. 623 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, (dirs.) M. Albaladejo García, C. Paz - Ares Rodríguez, L. Díez - Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez – Cano, P. Salvador Coderch, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1587 – 1589.

\_\_\_ «Comentarios a los art. 624 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, (dirs.) M. Albaladejo García, C. Paz - Ares Rodríguez, L. Díez - Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez – Cano, P. Salvador Coderch, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1590 - 1592.

\_\_\_ «Comentarios a los art. 625 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, (dirs.) M. Albaladejo García, C. Paz - Ares Rodríguez, L. Díez - Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez – Cano, P. Salvador Coderch, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1592 - 1594.

\_\_\_ «Comentarios a los art. 630 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, (dirs.) M. Albaladejo García, C. Paz - Ares Rodríguez, L. Díez - Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez – Cano, P. Salvador Coderch, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1598 - 1600.

\_\_\_ «Comentarios a los art. 631 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, (dirs.) M. Albaladejo García, C. Paz - Ares Rodríguez, L. Díez - Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez – Cano, P. Salvador Coderch, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1600 - 1602.

\_\_\_ «Artículo 887 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dir.) M. Albaladejo García, Tomo XII, Vol. I, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1998, págs. 437 – 464.

\_\_\_ «Artículo 651 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dir.) M. Albaladejo García, Tomo VIII, Vol. II, Ed. Edersa, D. L., Madrid, 1990, págs. 1 – 5, versión electrónica en V/LEX, <https://app.vlex.com/#ES/sources/677>, bajada de internet el 15 de mayo de 2019.

\_\_\_ «Artículos 654 - 656 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dir.) M. Albaladejo García, Tomo VIII, Vol. II, Ed. Edersa, D. L., Madrid, 1990, págs. 1 – 34, versión electrónica en V/LEX, <https://app.vlex.com/#ES/sources/677>, bajada de internet el 15 de mayo de 2019.

**ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S.**, *La donación*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

**ALBIEZ DOHRMANN, K. J.**, «Arts. 620 – 621», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4740 - 4768.

\_\_\_ «Arts. 625 – 628», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4795 - 4807.

\_\_\_ «Art. 623», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4777 – 4786.

\_\_\_ «Art. 636», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 4851.

\_\_\_ «Art. 651», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4970 – 4981.



— «Arts. 654 – 656», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4992 – 5014.

**ALONSO MARTÍNEZ, M.**, «Estudios sobre el Derecho de propiedad», (Memoria leída ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas en 1874), en *Manuel Alonso Martínez: Vida y Obra*, (coords.) C. Rogel Vide, y C. Vattier Fuenzalida, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1991, págs. 861 - 1037.

— *El Código Civil en sus relaciones con las Legislaciones Forales*, Tomo I (1884), en *Manuel Alonso Martínez: Vida y Obra*, (coords.) C. Rogel Vide, y C. Vattier Fuenzalida, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1991, págs. 1169 – 1238.

**ALVARADO PLANAS, J.**, *El problema del germanismo en el Derecho español: siglos V-XI*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

— «Lección 10: Las fuentes del Derecho visigodo I», en *Manual de Historia del Derecho y de las Instituciones*, Ed. Sanz y Torres, S. L., Madrid, 2006, págs. 163 – 182.

— «Lección 11: Las fuentes del Derecho visigodo II», en *Manual de Historia del Derecho y de las Instituciones*, Ed. Sanz y Torres, S. L., Madrid, 2006, págs. 183 - 198.

**ALVARADO PLANAS, J., MONTES SALGUERO, J. J., PÉREZ MARCOS, R. M<sup>a</sup>., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D. del M.**, *Manual de Historia del Derecho y de las Instituciones*, Ed. Sanz y Torres, S. L., Madrid, 2006.

**ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.**, «Artículo 887 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S.A.U., 1<sup>a</sup> edición, 2010, págs. 991-992.

**ÁLVAREZ GARCÍA, M. D. y ZUBIRI DE SALINAS, F.** (dirs.), *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

**ÁLVAREZ LATA, N.**, «Empresa familiar y planificación sucesoria. Un acercamiento a los Protocolos Familiares como instrumentos de esa ordenación», en *La Familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro*, (coord.) A. L. Rebolledo Varela, , Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2010, págs. 555 – 602.

**ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. I.**, «Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico», en *R.C.D.I.*, N<sup>o</sup> 751, 2015, págs. 2933 - 2948.

**ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T.**, *La mejora en favor de los nietos*, Ed. Edisofer, S.L., Madrid, 2003.

**ALZAGA VILLAAMIL, O.**, *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ed. Del Foro, 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 1978.

**AMAT LLARI, M<sup>a</sup>. E.**, «La protección del discapacitado en el ámbito laboral y en relación a la vivienda», en *Protección Jurídica y Patrimonial de los Discapacitados*,

*Xornadas e Seminarios*, (coord.) D. Bello Janeiro, Ed. Escola Galega de Administración Pública (EGAP), Santiago de Compostela, 2005, págs. 17 – 34.

**ARAGÓN REYES, M.**, «Artículo 1», en *Comentarios a la Constitución Española*, (dirs.) M<sup>a</sup> E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, (coords.) M. Pérez Manzano e I. Borrajo Iniesta, Ed. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 25 – 52.

**ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.**, «Capacidad para suceder y Constitución», en *A.D.C.*, fascículo 3, 1984, págs. 641 – 685.

**ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET, J. A.**, *Derecho romano II: obligaciones, familia, sucesiones*, Ed. Edersa, 18ª edición, Madrid, 1986.

**ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L.**, «Capítulo 8: Autonomía privada y modos de deferir la sucesión por causa de muerte en el Derecho civil común español», en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*, (coords.) L. Aguilar Ruiz, J. L. Arjona Guajardo-Fajardo y G. Cedeira Bravo De Mansilla, núm. 33, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 139 – 153.

**ARROYO I AMAYUELAS, E.**, «La reforma del Derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania», en *R.A.D.I.N.D.R.E.T.*, núm. 1., Enero – 2010, págs. 1 – 53.

**ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL**, «Presentación de los libros quinto y sexto de la Propuesta de Código Civil (PCC)», en *Propuesta de Código Civil: Libros Quinto y Sexto*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 9 - 11.

— «Exposición de motivos», en *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, S. A. y Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 2018, págs. 93 - 253.

**AZCÁRRAGA MONZONES, C.**, «El tratamiento de las legítimas en el Derecho comparado», en *R.J.C.L.M.*, núm. 43, Diciembre - 2007, págs. 49 - 86.

**BARO PAZOS, J.**, *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1992.

**BARREIRO FERNÁNDEZ, A. y PARICIO, J.**, *Fundamentos de Derecho privado romano*, Ed. Marcial Pons, 8ª edición, Madrid, 2015.

**BARRIO GALLARDO, A.**, *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al Derecho sucesorio de alimentos*, Ed. Dykinson, D. L., Madrid, 2012.

— «Atemperar la rigidez de la legítima», en *R.D.A.C.M.*, núm. 21, 2007, págs. 1-25.

**BATALLA DE ANTONIO, A.**, «La empresa familiar y el análisis del art. 1056.2 del CC», en *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un Debate Reformista*, (dirs.) M<sup>a</sup> P. Lledó Yagüe, F. Ferrer Vanrell y J. Torres Lana, tomo 1, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, págs. 133 - 151.

**BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.** (Coord.), *Manual de Derecho Civil: Sucesiones*, Ed. Bercal, S.A., 2ª edición, Madrid, 2012.

— «La protección patrimonial de las personas con discapacidad», *R.A.D.*, núm. 16, 2003, págs. 1-3.

— «Tema 1: La sucesión por causa de muerte», en *Derecho de Sucesiones: Práctica Jurídica*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tecnos (Grupo ANAYA, S. A.), Madrid, 2009, págs. 19 - 40.

**BERMEJO PUMAR, M<sup>a</sup>. M.**, *El artículo 831 del Código Civil: su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias (La mejora a favor del cónyuge)*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2001.

**BERNAD MAINAR, R.**, «La porción legítima en la familia del Derecho romano», en *R.C.D.I.*, núm. 750, Septiembre 2014, págs. 1765 – 1805.

— «De la legítima romana a la reserva familiar germánica», en *R.I.D.R.O.M.*, Abril 2015, págs. 1 – 63.

**BERNAL PULIDO, C.**, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª edición actualizada, Madrid, 2007.

**BETANCOURT, F.**, *Derecho romano clásico*, Ed. Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, 4ª edición, revisada y aumentada, Sevilla, 2010.

**BIONDO BIONDI**, *Sucesión testamentaria y donación*, (trad.) por M. Fairén, Ed. Bosch, 2ª edición revisada, Barcelona, 1960.

**BLASCO GASCÓ, F. de P.**, *Instituciones de Derecho civil: Derecho de sucesiones*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

**BOLAS ALFONSO, J.**, «El artículo 831 del Código Civil: una norma del siglo XXI (125 Aniversario del Código Civil)», en *R.J.N.*, núms. 86 – 87, Abril – Junio y Julio – Septiembre 2013, págs. 67 – 96.

**BONFANTE, P.**, *Instituciones de Derecho romano*, trad. de 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa, rev. por F. Campuzano Horma, Instituto Editorial Reus, 3ª edición, Madrid, 1965.

**BOTELLO HERMOSA, P. I.**, «Aceptación por nuestro Tribunal Supremo de la institución de residuo como tipo de sustitución fideicomisaria a término», en *R.D.C.*, volumen II, núm. 2, Abril – Junio 2015, págs. 127 – 170.

— *La Sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003: inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

\_\_\_ Tesis Doctoral: *La sustitución fideicomisaria: resurgimiento de una de las figuras jurídicas más importantes del Derecho sucesorio español como forma de protección patrimonial de los incapacitados judicialmente*, Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado, Sevilla, 2015, págs. 1 – 585, <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/39151>, última consulta el 5 de enero de 2018.

\_\_\_ «La Sustitución fideicomisaria como medio de protección de los tutelados en Italia, y de los incapacitados en Italia», en *Comparazione e Diritto Civile*, ISSN 2037 – 5662, Marzo 2016, págs. 1 - 9, [www.comparazionedirittocivile.it/sezioni.asp?cod\\_cat=2&nome\\_cat=Persone](http://www.comparazionedirittocivile.it/sezioni.asp?cod_cat=2&nome_cat=Persone).

**BUSTO LAGO, J. M.**, «Comentario al artículo 821 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1145 – 1147.

\_\_\_ «La ordenación sucesoria de los bienes gananciales: avances hacia la consideración unitaria del patrimonio ganancial», en *La Familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro*, (coord.) A. L. Rebolledo Varela, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2010, págs. 603 – 655.

\_\_\_ «Comentario al artículo 841 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1169 – 1171.

\_\_\_ «Comentario al artículo 842 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1171 – 1172.

\_\_\_ «Comentario al artículo 843 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1172 – 1173.

\_\_\_ «Comentario al artículo 844 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1173 – 1175.

\_\_\_ «Comentario al artículo 845 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1175 – 1176.

\_\_\_ «Comentario al artículo 846 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, pág. 1176.

\_\_\_ «Comentario al artículo 847 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1176 – 1177.

— «Comentario al artículo 822 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1147 – 1149.

— «Comentario al artículo 806 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1114 – 1118.

— «Comentario al artículo 813 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1130 – 1132.

— «Tema IX: Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas», en *Derecho de Sucesiones: Práctica Jurídica*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tecnos (Grupo ANAYA, S. A.), Madrid, 2009, págs. 414 - 529.

— «Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia», en *La División Judicial de Patrimonios: Aspectos Sustantivos y Procesales*, (dir.) J. L. Seoane Spiegelberg, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 287 – 437.

**CABEZUELO ARENAS, A. L.**, «Breve reflexión sobre la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», en *Homenaje al Profesor LLuis Puig Ferriol*, (coords.) J. M. Abril Campoy y M.E. Amat Llari, volumen I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 583 -607.

— «Validez de prohibición de impugnar el testamento articulada a través de “Cautela Socini”. STS de 17 de enero de 2014», en *R.A.D.*, BIB 2014/3361, núm. 6, 2014, págs. 1 -13.

— «Reflexiones sobre la Cautela Socini», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Ed. Civitas, S. L., 1ª edición, 2003, págs. 5141 – 5157.

— «Comentario a la Sentencia de 16 de marzo de 2007» en *R.C.C.J.C.*, Parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios, BIB 2008/119, núm. 76, 2008, págs. 1 – 11.

**CACHÓN VILLAR, P.**, «Artículo 39», en *Comentarios a la Constitución Española*, (dirs.) M<sup>a</sup>. E., Casas Baamonde y M. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, (coords.) M. Pérez Manzano e Ignacio Borrajo Iniesta, Ed. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 1003 - 1023.

**CALATAYUD SIERRA, A.**, «Consideraciones acerca de la libertad de testar», en *R.A.S.N.*, tomo IX, Marzo – 1995, págs. 241 – 264.

**CAMACHO CLAVIJO S. y DE LAMA AYMA, A.**, «Capítulo I: La sucesión mortis causa (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) M<sup>a</sup> del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S.A., 1ª edición, Navarra, 2011, págs. 69 - 108.

**CÁMARA LAPUENTE S.**, «Artículo 829», en *Código Civil Comentado: Libro III De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad (Arts. 609 – 1087)*, (dirs.) A. Cañizares Lazo, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, volumen II, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2011, págs. 923 - 928.

— «Artículo 829», en *Código Civil Comentado: Libro III De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad (Arts. 609 – 1087)*, (dirs.) A. Cañizares Lazo, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, volumen II, Ed. Aranzadi, S. A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 901 - 905.

— «Artículo 825», en *Código Civil Comentado: Libro III De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad (Arts. 609 – 1087)*, (dirs.) A. Cañizares Lazo, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, volumen II, Ed. Aranzadi, S. A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 881 – 887.

— «Artículo 831», en *Código Civil Comentado: Libro III De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad (Arts. 609 – 1087)*, (dirs.) A. Cañizares Lazo, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, volumen II, Ed. Aranzadi, S. A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 906 – 920.

— «Artículo 783», en *Comentario al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova S.A.U., 1ª edición, Valladolid, 2010, págs. 896 -898.

— «Artículo 782», en *Comentario al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova S.A.U., 1ª edición, Valladolid, 2010, págs. 895 -896.

**CAÑIZARES LASO, A.**, «Legítimas y libertad de testar», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2014, págs. 245 – 269.

**CAPILLA RONCERO, F.**, «Artículo 820 del CC», en *Código Civil Comentado*, (dirs. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Vol. II, Libro III, Ed. Aranzadi, S.A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 858 – 868.

— «Artículo 813 del CC», en *Código Civil Comentado*, (dirs. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Vol. II, Libro III, Ed. Aranzadi, S.A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 809 – 820.

**CARBALLO FIDALGO, M.**, «Comentario al art. 1056 del Código Civil», en *E.C.L.C.*, Septiembre – 2011, págs. 1 - 4.

— «Artículo 1056», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), P. De Pablo Contreras (coord.), Ed. Aranzadi, S.A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 1660 – 1665.

— «Título VI. De las sucesiones, Capítulo VIII. De la adquisición de la herencia, Sección 4ª», en *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, S. A. y Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2018, págs. 617 – 622.

**CAROL ROSÉS, F.**, «Reflexiones sobre la libertad de testar y la STEDH de 13 de Julio de 2004», en *R.D.U.N.E.D.*, núm. 12, 2013, págs. 129-158.

**CARRANCHO HERRERO, M. T.**, «Reflexión crítica de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el actual modelo de familia», en *Homenaje al Profesor LLuis Puig Ferriol*, (coords.) J.M. Abril Campoy y M.E. Amat Llari, volumen I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 733 - 751.

**CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E.**, «De los derechos y deberes fundamentales», en *Comentarios a la Constitución Española*, (dirs.) M<sup>a</sup>. E., Casas Baamonde y M. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, (coords.) M. Pérez Manzano e Ignacio Borrajo Inieta, Ed. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 167 - 176.

**CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.**, «Sucesión testamentaria e intestada en el primitivo *Ius Civile* romano y en la Ley de las XII Tablas: problemas, orígenes y evolución», en *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Juan José Rivas Martínez*, (dir.) A. Pérez-Bustamante De Monasterio, tomo I, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 703 - 730.

\_\_\_ «Reflexiones sobre el origen de las sucesiones en Roma. El Testamentum Calatis Comitiis y su relación con la sucesión intestada», en *R.I.D.R.O.M.*, núm. 11, Octubre 2013, págs. 205 – 284.

\_\_\_ «Formas testamentarias posclásicas especiales: 1. *Testamentum Tempore Pestis*», en *Estudios Jurídicos In Memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, volumen I, (coords.) J. García Sánchez, P. De la Rosa Díaz y A. Torrent Ruiz, Ed. Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, págs. 213 – 235.

\_\_\_ «Formas testamentarias posclásicas especiales: 2. *Testamentum Ruri Conditum*», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Ed. Civitas, S. L., 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2003, págs. 5681 – 5699.

**CASTÁN TOBEÑAS, J.**, «Una conferencia de Don Ramón María Roca Sastre sobre la necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio», en *R.L.J.*, tomo VI, Julio - 1943, págs. 171-190.

\_\_\_ *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, 10<sup>a</sup> edición, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2010.

\_\_\_ *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. II, 9<sup>a</sup> edición, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2015.

**CASTÁN VÁZQUEZ, J. M<sup>a</sup>.**, «El Derecho de sucesiones y las normas constitucionales», en *Estudios de Derechos Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, (coord.) Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, volumen II, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1993, págs. 1141 - 1160.

\_\_\_ «Sucesión forzosa y sucesión contractual», en *R.D.C.S.U.C.C.*, núm. 127, Año XXXII, Enero – Marzo 1964, págs. 3 – 102.

**CASTRO SÁENZ, A.**, *Herencia y mundo antiguo: estudio de Derecho sucesorio romano*, Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002.

**CELAYA IBARRA, A.**, «Las legítimas», en *B.A.V.D.*, Año 5, núm. 12, 2007, págs. 115 – 133.

**CERDÁ RUIZ-FUNES, J.**, *Consideraciones sobre el hombre y sus derechos en las Partidas de Alfonso X el Sabio*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1967.

**CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.**, «La interpretación evolutiva de la Constitución en Derecho privado (Más allá de la Constitución, pero por la propia Constitución)», en *R.G.L.J.*, núm. 3, Julio – Septiembre 2015, págs. 429 – 492.

**CLEMENTE DE DIEGO, F.**, *Instituciones de Derecho civil español*, tomo III: Derecho de Sucesiones, Madrid, 1959, (Edición revisada y puesta al Día por A. De Cossío y Corral y A. Gullón Ballesteros).

— «El fideicomiso de eo quod supererit», discurso leído en la solemne inauguración del Curso Académico 1926 -1927, Madrid, 1926, págs. 7 – 99.

**CLEMENTE MEORO, M. E.**, «Comentario al art. 523», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4153 - 4157.

— «Comentario al art. 523», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4153 - 4157.

— «Comentario al art. 524», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4158 - 4164.

— «Comentario al art. 525», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4165 - 4168.

— «Comentario al art. 526», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4169 - 4171.

— «Comentario al art. 527», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4172 - 4175.

— «Comentario al art. 528», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4176 - 4179.



— «Comentario al art. 529», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 4180 - 4186.

— «Comentario al art. 480», en *Comentario al Código Civil: Tomo III (Arts. 361 a 587)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 3877 - 3885.

— «El cálculo de la legítima y la valoración de los bienes hereditarios», en *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un Debate Reformista*, (dirs.) M<sup>a</sup>. P. Lledó Yagüe, F. Ferrer Vanrell y J. Torres Lana, tomo 1, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, págs. 780 – 804.

**COBACHO GÓMEZ, J. A.**, «La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado», en *La Familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro*, (coord.) A. L. Rebolledo Varela, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2010, págs. 359 – 377.

**COBAS COBIELLA, M. E.**, «Hacia un nuevo enfoque de las legítimas», en *R.D.P.*, número 17, 2006, págs. 49-65.

**CORRAL GARCÍA, E.**, *Los derechos del cónyuge viudo en el Derecho civil común y autonómico*, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2007.

**COSTA, J.**, *Fideicomiso y albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código Civil español*, Ed. Librería General de Vistoriano Suárez, Madrid, 1905, reimp. facsímil por la Ed. Analecta, S. L., Navarra, 2006.

**COSTAS RODAL, L.**, «Tema VII: Las sustituciones», en *Derecho de Sucesiones: Práctica Jurídica*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tecnos (GRUPO ANAYA, S.A.), 2009, págs. 331 – 390.

**CREHUET JULIA, M.**, «Algo sobre la legítima», en *R.C.D.I.*, núm. 239, Abril 1948, págs. 221 – 228.

**CREMADES GARCÍA, P.**, «La Partición hecha por el testador con actos *inter vivos*», en *R.D.P.*, Septiembre – Octubre 2015, págs. 3 – 33.

**CRUZ OLIVER SOLA, M.**, *La sucesión legítima. Recepción historiográfica de fuentes romanas*, Ed. Centro UNESCO de Andalucía, Granada, 2012.

**CRUZ VILLALÓN, P.**, «La Constitución y “el resto” del ordenamiento jurídico», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Ed. Civitas, S. L., 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2003.

**CUBILES SÁNCHEZ – POBRE, P.**, «La protección patrimonial de las personas con discapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (RCL 2003, 2685)», en *R.Q.F.*, BIB 2005/740, 2005, págs. 1 – 36.

**DÁVILA GARCÍA, J.**, «Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad», en *R.C.D.I.*, núm. 209, Octubre 1945, págs. 649 – 667.

\_\_\_ «Herederos y legitimarios (Donde hay herencia no hay legítima)», en *R.C.D.I.*, núm. 185, Octubre 1943, págs. 661 – 670.

**DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.**, «Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto por el artículo 822 del Código Civil», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2014, págs. 143 - 163.

**DE ARVIZU Y GALARRAGA, F.**, *La disposición “mortis causa” en el Derecho español de la alta edad media*, Ed. EUNSA, Pamplona, 1977.

**DE COSSÍO CORRAL, A.**, *Instituciones de Derecho Civil, 2: Derechos reales, Derecho de familia y sucesiones*, Ed. Alianza, S.A., Madrid, 1975.

**DE FUENMAYOR CHAMPIN, A.**, «Intangibilidad de la legítima», en *A.D.C.*, tomo 1, Enero - Marzo 1948, págs. 46-77.

\_\_\_ «La mejora en el sistema sucesorio español», en *B.F.D.U.C.*, Fasc. I, Vol. XXII, 1946, págs. 247 – 283.

**DE HINOJOSA Y NAVEROS, E.**, *El elemento germánico en el Derecho español*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.

\_\_\_ *Historia del Derecho romano, según las más recientes investigaciones*, tomo I, Ed. Analecta, S. L., Navarra, 2002 (Reimpresión de la edición de Madrid de 1880-Imprenta de la Revista de Legislación).

\_\_\_ *Historia del Derecho romano, según las más recientes investigaciones*, tomo II, Ed. Analecta, S. L., Navarra, 2002 (Reimpresión de la edición de Madrid de 1885-Imprenta de la Revista de Legislación).

**DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.**, *Compendio de Derecho sucesorio*, Ed. La Ley, 3ª edición, Madrid, 2011.

\_\_\_ «Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil», en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección 3, vol. 1, Madrid, 1964, págs. 709-1022.

\_\_\_ «El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la Ley de 13 de mayo de 1981», en *R.A.J.L.*, Anales, núm. 11, 1983, págs. 125 – 171.

\_\_\_ «El legado de cosa ganancial», en *A.D.C.*, Núm. 2, 1952, págs. 467 – 551.

**DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.**, «Comentario al artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: la propiedad privada como derecho fundamental», en *R.J.N.*, núm. 73, Enero – Marzo 2010, págs. 307 – 337.

**DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, P.**, «Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión», en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. I, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, págs. 1097 – 1116.

**DE LACOSTE, J.**, *La mejora*, L. García-Guijarro (trad.), Ed. Reus, S. A., Madrid, 1913.

**DE LAMA AYMÁ, A.**, «Principios de Derecho sucesorio europeo: libertad de testar y protección de la familia», en *R.D.P.*, Marzo – Abril 2016, págs. 67 – 83.

**DE LOS MOZOS, J. L.**, «La partición de la herencia por el propio testador», en *R.D.N.*, núm. 27, Enero – Marzo 1960, págs. 99 – 234.

\_\_\_ «La adquisición de la posesión en los legados», en *A.D.C.*, núm. 4, 1962, págs. 865 – 920.

\_\_\_ «La sucesión *ab intestato* en favor del Estado», en *A.D.C.*, núm. 2, 1965, págs. 393 – 433.

\_\_\_ *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2000.

\_\_\_ «Artículo 1321 del CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, Madrid, 1982, págs. 1 – 7 (recurso electrónico).

**DE OTTO Y PARDO, I.**, «Parte II: La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en *Derechos Fundamentales y Constitución*, (dirs.) M. A. Olea, M. Cortés, L. Díez Picazo, J. García Añoveros, E. García de Enterría, J. González Pérez, A. Menéndez, G. Rodríguez Mourullo y R. Uria, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición, Madrid, 1988, págs. 93 - 170.

**DE TAPIA GARCÍA, E.**, *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal, y algunos otros*, Tomo I, Imprenta de Don Ildefonso Mompie de Montagudo, 3ª edición, 1837.

**DE UNQUERA BALBIN, A.**, «Fuero Juzgo: prólogo», Ley I, Tít. V, Lib. IV, en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, *op. cit.*, págs. 3 – 5.

**DELGADO CINTRÓN, C.**, *Historia Constitucional de Puerto Rico: 1800-2012*, Ed. DERELOOP, San Juan, P.R., 2012.

**DELGADO ECHEVARRÍA, J.**, «Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte, segunda parte: objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones», en *Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC), Universidad de Murcia, Murcia, 2006, págs. 85 - 144.

— «Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte: resultados y análisis de la encuesta final», en *Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC), Universidad de Murcia, Murcia, 2006, págs. 145 - 171.

— «Autonomía privada y Derecho de sucesiones», en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado: Estudios en Conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado*, tomo 1, (coord.) L. Prats Albentosa, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2013, págs. 513 – 640.

— «La reforma, en el Derecho de sucesiones», en *El Nuevo Régimen de la Familia. II. Filiación, Patria Potestad, Economía del Matrimonio y Herencia Familiar*, (dirs.) M. Alonso Olea, M. Cortés Domínguez, L. Díez Picazo, J. García Añoveros, E. García de Enterría, J. González Pérez, A. Menéndez, G. Rodríguez Mourullo y R. Uría, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición, 3ª reimpresión, Madrid, 1982, págs. 185 – 204.

— «¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de sucesiones del Código Civil? (Un ejercicio de prospectiva)», en *Nul: Estudios sobre Invalidez e Ineficacia*, núm. 1, 2009, págs. 1 – 14.

— «El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte», en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 7675, Año XXXII, 18 de julio de 2011, págs. 1 – 8.

**DELGADO TRUYOLS, A.**, «La partición por el contador partidor y la interpretación del testamento siendo albacea o cuando sólo es contador partidor», en *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un Debate Reformista*, (dirs.) M<sup>a</sup>. P. Lledó Yagüe, F. Ferrer Vanrell y J. Torres Lana, tomo 2, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, págs. 1301 - 1315.

**DÍAZ ALABART, S.**, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación», en *A.S.N.*, tomo 16, volumen 2, 2008, págs. 267-319.

— «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», en *Homenaje al Profesor LLuis Puig Ferriol*, (coords.) J. M. Abril Campoy y M. E. Amat Llari, volumen I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 1045 – 1061.

— «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación», en *A.C.M.*, núm. 3, 2006, págs. 1 - 37.

— «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)» en *R.D.P.*, núm. 5 – 6, Mayo 2004, págs. 259 – 270, en versión de V/LEX págs. 1 – 15.

— «La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones», en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, (dir.) J. Pérez De Vargas Muñoz, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 849 – 934.

— «Principios de protección jurídica del discapacitado», en *REGAP*, núm. 38, Septiembre – Diciembre 2004, págs. 15 -32.

— *El fideicomiso de residuo: su condicionalidad y límites*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

— «Principios de protección jurídica del discapacitado», en *Protección Jurídica y Patrimonial de los Discapacitados, Xornadas e Seminarios*, (coord.) D. Bello Janeiro, Ed. Escola Galega de Administración Pública (EGAP), Santiago de Compostela, 2005, págs. 93 – 116.

— «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)», en *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, (coord.) J. Pérez de Vargas Muñoz, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2006, págs. 53 – 112.

— «Capítulo VI: Las reformas de Derecho sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», en *La Protección de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)*, (dir.) S. Díaz Alabart, Ed. IBERMUTUAMUR, Madrid, 2004, págs. 209 – 241.

— «La interpretación de la voluntad del fideicomitente en el fideicomiso de residuo», en *R.D.P.*, Enero – Febrero 2015, págs. 3 – 17.

**DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T.**, «Capítulo III: El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003 de 18 de noviembre», en *La Protección de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)*, (dir.) S. Díaz Alabart, Ed. IBERMUTUAMUR, Madrid, 2004, págs. 89 – 178.

**DÍAZ ALABART, S., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M<sup>a</sup>. D., ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T. y REPRESA POLO, M<sup>a</sup>. P.**, «Capítulo VIII: Otras normas para la protección de los discapacitados y la incidencia de la LPPD en la regulación general de la incapacidad e instituciones de guarda», en *La Protección de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)*, (dir.) S. Díaz Alabart, Ed. IBERMUTUAMUR, Madrid, 2004, págs. 279 – 301.

**DÍAZ GONZÁLEZ, F. J.**, «El Derecho de sucesiones en los primeros manuales de Derecho español. El caso de la ilustración del Derecho real de España de Don Juan Sala Bañuls (I)», *A.F.D.U.A.H.*, núm. 4, 2011, págs. 295 – 319.

— «El Derecho de sucesiones en los primeros manuales de Derecho español. El caso de la ilustración del Derecho real de España de Don Juan Sala Bañuls (II)», *A.F.D.U.A.H.*, núm. 5, 2012, págs. 337 – 364.

**DÍE LAMANA, F. J.**, «El artículo 831 del Código Civil reformado por Ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en Derecho común», en C.S.C.H.C., núm. 9, Enero - Mayo 2006, [www.registradoresdemadrid.org](http://www.registradoresdemadrid.org).

**DIÉGUEZ OLIVIA, R.**, «Notas sobre algunos aspectos sucesorios de los Protocolos Familiares», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2014, págs. 331 – 346.

**DÍEZ – PICAZO GIMÉNEZ, L. M.**, *Sistema de derechos fundamentales*, Ed. Aranzadi, S. A., 3ª edición, Navarra, 2008.

**DÍEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.**, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II: Las Relaciones Obligatorias*, Ed. Civitas, S. A., 5ª edición, Madrid, 1996.

— «La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil», en *Estudios de Derecho Privado*, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición, Madrid, 1980, págs. 315 – 327.

— «Algunas reflexiones sobre el Derecho de propiedad privada en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, (coord.) S. Martín Retortillo, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición, Madrid, 1991, págs. 1257 – 1270.

**DÍEZ – PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.**, *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, Ed. Tecnos, S. A., 3ª edición, Madrid, 1983.

**DÍEZ SOTO, C. M.**, «El Pago de las legítimas en Dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar», en *R.E.F.*, volumen 1, núm. 1, Mayo – 2011, págs. 23 – 33.

**DOMINGO AZNAR, A.**, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Ed. Marcial Pons, S. A., Madrid, 1999.

**DOMINGO DE MORATO, D. R.**, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan Sala*, tomo 1, Ed. Imp. y Librería Nacional y Extranjera de H. Rodríguez, Libreros de la Universidad y del Instituto, 2ª edición revisada y aumentada, Valladolid, 1877. (Reimpresión por Ed. Analeca, S. L., Navarra, 2002).

**DOMÍNGUEZ LUELMO, A.**, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1989.

— «Comentario al art. 829 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S. A. U., 1ª edición, Valladolid, 2010, págs. 947 – 948.

— «Comentario al art. 821 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S. A. U., 1ª edición, Valladolid, 2010, págs. 940 – 941.

\_\_\_ «Comentario al art. 813 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S. A. U., 1ª edición, Valladolid, 2010, págs. 930 – 931.

\_\_\_ «Comentario al art. 822 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S. A. U., 1ª edición, Valladolid, 2010, págs. 941 - 942.

\_\_\_ «Comentario al art. 654 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S. A. U., 1ª edición, Valladolid, 2010, págs. 766 – 768.

\_\_\_ «La disposición testamentaria de los bienes gananciales (Régimen Jurídico)», en *A.D.C.*, Núm. 3, 1990, págs. 793 – 850.

\_\_\_ «Partición por contador partidor: imposibilidad de pagar en dinero las legítimas cuando el adjudicatario de los bienes deja transcurrir el plazo previsto en la Ley», en *C.C.J.C.*, Núm. 107, 2018, págs. 221 – 247, (en la versión de la base de datos de Thomson Reuter Aranzadi, las págs. son de 1 -15: aranzadi.aranzadidigital.es).

**DONADO VARA, A.**, «Reflexiones sobre el nuevo derecho de habitación constituido en favor de un legitimario con discapacidad», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez, Vol. I*, (coords.) J. Alventosa del Río y R. Moliner Navarro, Ed. Universidad de Valencia, 2008, págs. 365 – 378.

**DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.**, «Artículo 468 del CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales: Arts. 467 – 529 del CC*, Tomo VII, Vol. 1, (dirs.) M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Ed. EDERSA, 2ª edición, 1992, págs. 25 – 60.

\_\_\_ «Artículo 525 del CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales: Arts. 467 – 529 del CC*, Tomo VII, Vol. 1, (dirs.) M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Ed. EDERSA, 2ª edición, 1992, págs. 632 - 640.

\_\_\_ «Artículo 529 del CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales: Arts. 467 – 529 del CC*, Tomo VII, Vol. 1, (dirs.) M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Ed. EDERSA, 2ª edición, 1992, págs. 661 - 668.

\_\_\_ «Artículo 524 del CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales: Arts. 467 – 529 del CC*, Tomo VII, Vol. 1, (dirs.) M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Ed. EDERSA, 2ª edición, 1992, págs. 614 - 632.

\_\_\_ «Donaciones mortis causa en el Código Civil y en el Derecho civil de Navarra», en *R. J. de N.*, Núm. 15, Enero – Junio 1993, págs. 89 – 119.

**D'ORS, A.**, *Elementos de Derecho privado romano*, Ed. EUNSA, 4ª edición, Navarra, 2010.

\_\_\_ *Derecho privado romano*, Ed. EUNSA, 10ª edición, Navarra, 2004.

**DURÁN DE LA COLINA, P. G.**, «Una aproximación ontológica al Derecho de sucesiones», en *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Juan José Rivas Martínez*, (dir.) A. Pérez-Bustamante De Monasterio, tomo I, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 3 – 22.

**EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. A.**, Sucesión «mortis causa» de la familia recompuesta (De la reserva viudal a la fiducia sucesoria), Ed. Aranzadi, S. A., 1<sup>a</sup> edición, Navarra, 2015.

— «Artículo 887 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo V, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6474 – 6479.

— «Artículo 885 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo V, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6462 – 6469.

— «Artículo 861 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo V, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6333 – 6339.

— «Artículo 862 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo V, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6340 – 6342.

— «Artículo 863 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo V, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6343 – 6350.

— «Artículo 864 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo V, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6351 – 6357.

**ELFGEN, A.**, «La mejora en el vigente Derecho español», en *R.D.N.*, Año XVI, Núm. LXIII, Enero – Marzo 1969, págs. 7 – 87.

**ERDOZAIN LÓPEZ, J. C.**, *Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tecnos, 34<sup>a</sup> edición, Madrid, 2015.

**ESCARTÍN IPIÉNS, J. A.**, «El contador partidor dativo. Nota sobre su origen, finalidad, naturaleza, funciones y procedimiento», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2014, págs. 405 – 431.

**ESCUELA GRADUADA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO**, *La nueva Constitución de Puerto Rico*, Ed. Universidad de Puerto Rico, edición facsimilar de la 1<sup>a</sup> edición publicada en 1954, San Juan, P.R., 1994.

**ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.**, «Comentario al art. 806 del Código Civil», en *E.C.L.C.*, BIB 2011/6076, Septiembre – 2011, págs. 1 – 8.



\_\_\_ «Comentario al artículo 1056», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo VI, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 7626 – 7665.

\_\_\_ «Capítulo 7: La partición realizada por los propios coherederos y la voluntad del causante», en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*, (coords.) L. Aguilar Ruiz, J. L. Arjona Guajardo-Fajardo y G. Cedeira Bravo De Mansilla, núm. 33, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 127 – 137.

\_\_\_ «La reforma del Código Civil por la Ley de la Sociedad Limitada de la Nueva Empresa», en *Homenaje al Profesor LLuis Puig Ferriol*, (coords.) J.M. Abril Campoy y M.E. Amat Llari, volumen I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 1249 - 1270.

\_\_\_ «Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador. Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999», en *A.D.C.*, fascículo 1, 2000, págs. 269 – 295.

\_\_\_ «Comentario al art. 841 del Código Civil», en *E.C.L.C.*, BIB 2011/6090, Septiembre – 2011, págs. 1 – 9.

\_\_\_ «Comentario al art. 847 del Código Civil», en *E.C.L.C.*, BIB 2011/6091, Septiembre - 2011, págs. 1 – 3.

\_\_\_ «El gravamen de la legítima en el Código Civil: situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», en *R.J.N.*, núm. 53, Enero - Marzo 2005, págs. 113-159.

\_\_\_ «Comentario al artículo 1062», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo IV, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 7760 – 7764.

\_\_\_ «Comentario al artículo 1074», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo VI, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 7828 – 7835.

\_\_\_ «Comentario al artículo 1075», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo VI, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 7836 - 7841.

\_\_\_ «Artículo 768 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S. A. U., 1ª edición, Valladolid, 2010, pág. 878.

\_\_\_ «El contador partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *A.D.C.*, tomo LXX, núm. 1, 2017, págs. 5 – 78.

— «Sección 8ª: Pago de la porción hereditaria en casos especiales», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, (dirs.) A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández, (coord.) P. De Pablo Contreras, Ed. Aranzadi, S. A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 950 – 969.

— «Artículo 808 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, (dirs.) A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Ed. Aranzadi, S. A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 776 - 885.

— Tesis Doctoral: «La legítima en la sucesión intestada», de la Universidad Complutense de Sevilla, Facultad de Derecho, Sevilla, 1994, págs. 1 – 638.

— *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 1996.

**ESPEJO RUÍZ, M.**, *La partición realizada por contador partidor testamentario*, tomo V: Derecho de Sucesiones, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2013.

— «Los problemas que plantea el artículo 1062 del Código Civil en la partición. Criterios del Tribunal Supremo y la doctrina», en *R.J.N.*, núm. 67, Julio – Septiembre 2008, págs. 97 – 107.

**ESPÍN CANOVAS, D.**, «La posesión de los bienes hereditarios en el Código Civil español», en *R.A.J.L.*, núm. 36, 2006, págs. 473 -520.

**FACAL FONDO, T. y TORRÉNS CALLE, Mª del P.**, «Cambios sociológicos en la familia con repercusión en el Derecho de sucesiones», en *La Familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro*, (coord.) A. L. Rebolledo Varela, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2010, págs. 43 – 82.

**FERNÁNDEZ BARREIRO, A.**, «Libertad testamentaria y sistemas de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana», en *A.F.D.U.A.*, núm. 10, 2006, págs. 279 - 302.

**FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.**, «La inacabada reforma de la legítima del cónyuge viudo», en *La Familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro*, (coord.) A. L. Rebolledo Varela, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2010, págs. 263 – 296.

— *El pago de la legítima al cónyuge viudo: la conmutación del usufructo viudal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

— «La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (Análisis de los artículos 523 y 525 del Código Civil)», en *A.D.*, núm. 17, 1999, págs. 85 – 123.

**FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.**, *Derecho privado romano*, Ed. Iustel Portal Derecho, S. A., 8ª edición, Madrid, 2015.

**FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M<sup>a</sup> A.**, *Los Derechos sucesorios del cónyuge viudo en la nulidad, la separación y el divorcio*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2006.

\_\_\_ Tesis: *El presupuesto del matrimonio en los Derechos sucesorios del cónyuge viudo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.

**FERNÁNDEZ HIERRO, M. y FERNÁNDEZ HIERRO, M.**, «Panorama legislativo actual de la libertad de testar», en *A.V.D., Boletín JADO*, núm. 19, Mayo - 2010, págs. 17 – 80.

**FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A.**, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2008.

\_\_\_ «La Sociedad Familiar», en *Diario La Ley*, año XXV, núm. 5939, Enero 2004, págs. 1 – 11.

**FERRER VANRELL, M. P.**, «Epígrafes I al IV del Capítulo 27: sustituciones fideicomisarias en el Derecho balear», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) M<sup>a</sup> del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2<sup>a</sup> edición, Navarra, 2016, págs. 1091 – 1124.

**FLORES RODRÍGUEZ, J.**, «El nuevo artículo 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado», en *R.J.N.*, núm. 54, Abril – Junio 2005, págs. 37 -100.

**FOSAR BENLLOCH, E.**, «Más sobre el artículo 1.056,2 del Código Civil y la Explotación Agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la Explotación Familiar», en *R.C.D.I.*, núm. 483, 1971, págs. 223 – 271.

\_\_\_ «La Explotación Agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil», en *A.D.C.*, fascículo 2, 1963, págs. 377 – 422.

**FUENTESECA DEGENEFTE, C.**, «Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coords.) J. M. González Porras y F. P. Méndez González, tomo I, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1<sup>a</sup> edición, Murcia, 2004, págs. 1743 - 1762.

**FUENTESECA DÍAZ, P.**, *Derecho privado romano*, Ed. E. Sánchez A. Gráficas, S. L., Madrid, 1978.

**GALICIA AIZPURUA, G.**, «Artículo 768», en *Comentarios al Código Civil, Tomo IV*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 5680 – 5682.

— «“Epígrafes I, II y III” del Capítulo 50: la sucesión forzosa en el País Vasco», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo II (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) M<sup>a</sup> del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 697 - 730.

— «Artículo 782 del CC», en *Comentarios al Código Civil, Tomo IV*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 5726 – 5728.

— «Artículo 781 del CC», en *Comentarios al Código Civil, Tomo IV*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 5714 – 5725.

— «Artículo 783 del CC», en *Comentarios al Código Civil, Tomo IV*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 5729 – 5736.

— «Título VI. De las sucesiones, Capítulo VII. De las legítimas y otros límites a la libertad de disposición por causa de muerte, Sección 3ª», en *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, S. A. y Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2018, págs. 601 – 603.

— «Título VI. De las sucesiones, Capítulo VII. De las legítimas y otros límites a la libertad de disposición por causa de muerte, Sección 1ª», en *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, S. A. y Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2018, págs. 597 - 600.

— «Negocios en fraude de legítima y reducción de donaciones inoficiosas (A Propósito del Caso Cela)», en *R. D. A. C. M.*, núm. 6, 2015, págs. 1 – 10.

**GÁLVEZ MONTES, F. J.**, «Artículo 39», en *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, S. L., 3ª edición ampliada, Madrid, 2001, págs. 847 – 857.

**GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.**, *La legítima en el Código Civil*, Ed. Consejo General del Notariado, 2ª edición, Madrid, 2006.

**GARCÍA DEL CORRAL, I. L.**, *Cuerpo del Derecho civil romano, Primera Parte: Digesto*, Tomo II, Ed. Jaime Molinas, Barcelona, 1892.

— *Cuerpo del Derecho civil romano, Tercera Parte: Novela*, rev. el texto latino por E. Osenbrüggen, Barcelona, Ed. Kriegel Hermann y Osenbrüggen, 1898.

— *Cuerpo del Derecho civil romano, Primera Parte: Instituta-Digesto*, Barcelona, Ed. Kriegel Hermann y Osenbrüggen, 1889.

— *Cuerpo del Derecho civil romano, Segunda parte: Código*, Tomo I, rev. el texto latino por E. Hermann, Barcelona, Ed. Jaime Molinas, Barcelona, 1892.

**GARCÍA GALLO, A.**, «Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España», en *A.H.D.E.*, 1977, págs. 425 – 497. (Publicado, además, en *Estudios de*

Historia de Derecho Privado, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, págs. 273 – 329.)

— «El problema de la sucesión “mortis causa” en la alta edad media española», en *A.A.M.N.*, tomo X, 1959, págs. 247 – 276. (Publicado, además, en *Estudios de Historia de Derecho Privado*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, págs. 251 – 271.)

— «Bienes propios y Derecho de propiedad en la alta edad media española. Notas para su Estudio», en *A.H.D.E.*, 1959, págs. 351 – 387. (Publicado, además, en *Estudios de Historia de Derecho Privado*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, págs. 178 – 206.)

— «Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas», en *A.H.D.E.*, 1974, págs. 343 – 464.

**GARCÍA GARCÍA, A.**, «La recepción del Derecho romano en España hasta el siglo XVI», en *Estudios Jurídicos In Memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, volumen I, (coords.) J. García Sánchez, P. De la Rosa Díaz y A. Torrent Ruiz, Ed. Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, págs. 421 – 434.

**GARCÍA GARRIDO, M. J.**, *Derecho privado romano: instituciones*, Ed. Académicas, S. A., 17ª edición abreviada, Madrid, 2010.

— *Derecho privado romano: casos, acciones, instituciones*, Ed. Académicas, S. A., 20ª edición revisada, Madrid, 2015.

**GARCÍA GOYENA, F.**, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Ed. Cometas, S. A., Zaragoza, 1974. (Reimpresión de la edición de Madrid de 1852-Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza).

**GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J.**, *Febrero Reformado o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, Comprensiva de los Códigos Civil, Criminal y Administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*, Tomo I, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Madrid, 1852.

**GARCÍA GRANERO, J.**, «Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora», en *R.D.P.*, Año XXXIII, núm. 391, Octubre – 1949, págs. 805 – 833.

**GARCÍA HERRERA, V.**, «La sucesión en la Empresa Familiar», en *R.C.D.I.*, núm. 726, Julio – 2011, págs. 1927 – 1959.

— «Capítulo 21: Discapacidad y derecho a una vivienda digna y adecuada. La protección del derecho a la vivienda en el ámbito sucesorio», en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, (dir.) J. Pérez de Vargas Muñoz, (coord.) M. Pereña Vicente, Ed. La Ley, 1ª edición, 2011, Madrid, págs. 605 – 621.

**GARCÍA PÉREZ, C. L.**, «Notas al artículo 831 del Código Civil», en *La Familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro*, (coord.) A. L. Rebolledo Varela, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2010, págs. 297 – 357.

**GARCÍA PÉREZ, R.**, *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

**GARCÍA RUBIO, M. P.**, «La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar», en *A.D.C.*, tomo LXI, Enero - 2008, págs. 57-112.

**GARCÍA URBANO, J. M<sup>a</sup>**, «Artículo 1406 del CC», en *Comentario del Código Civil*, (dirs.) C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch, Ed. Aranzadi, S. A., 1<sup>a</sup> edición, Pamplona, 2015, edición de formato digital, <http://proview.thomsonreuters.com>, última consulta el 11 de octubre de 2018, págs. 37 – 40.

**GARCÍAS DE ESPAÑA, E.**, «Pago en metálico de la legítima: aspectos sustantivos, procesales y registrales», en *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un Debate Reformista*, (dirs.) M<sup>a</sup>. P. Lledó Yagüe, F. Ferrer Vanrell y J. Torres Lana, tomo 1, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, págs. 837 – 860.

**GARRIDO DE PALMA, V. M.**, «Visión notarial de la legítima», en *R.D.N.*, núm. 72, Abril – Junio 1971, págs. 507 – 539.

\_\_\_ «Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil: aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas», en *R.J.N.*, número 55, Julio – Septiembre 2005, págs. 121-136.

\_\_\_ «Los nuevos artículos 831 y 1056.2 del Código Civil: algunas aplicaciones», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coords.) J. M. González Porras y F. P. Méndez González, tomo I, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, págs. 2021 - 2029.

\_\_\_ «Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», en *R.J.N.*, núm. 83, Julio – Septiembre 2012, págs. 353 – 371.

\_\_\_ *La disolución de la sociedad conyugal: estudio específico de las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*, Ed. Reus, S. A., Madrid, 1985.

**GARRIDO FALLA, F.**, «Artículo 33», en *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, S. L., 3<sup>a</sup> edición ampliada, Madrid, 2001, págs. 780 – 786.

\_\_\_ «Artículo 1», en *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, S. L., 3<sup>a</sup> edición ampliada, Madrid, 2001, págs. 27 - 44.

**GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M.** (coords.), *El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos: constitución, gestión, responsabilidad, continuidad y tributación*, tomo IV, Ed. Bosch, S. A., 1<sup>a</sup> edición, Barcelona, 2005.

**GAVERNET, H. R.**, «Derecho romano y tercer milenio», en *Estudios Jurídicos In Memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, volumen I, (coords.) J. García Sánchez, P. De

la Rosa Díaz y A. Torrent Ruiz, Ed. Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, págs. 501 – 513.

**GAYO**, *Instituciones*, (coord.) F. Hernández-Tejero, (trad.) M. Abellán Velasco, J. A. Arias Bonet, J. Iglesias-Redondo y J. Roset Esteve, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición, Madrid, 1985, reimpresión de 1990.

**GIAMPETRAGLIA, R.**, «La autonomía de la voluntad en la transmisión de la empresa: “El Pacto de Familia”», en *A.D.C.*, tomo LXVII, fascículo IV, Octubre – Diciembre 2014, págs. 1169 – 1197.

**GIBERT, R.**, *Elementos formativos del Derecho en Europa. Germánico, Romano, Canónico*, Granada, 1975.

**GIL RODRÍGUEZ, J.**, «“Epígrafe IV: La inconsistencia de la legítima en el Valle de Ayala” del Capítulo 50: La sucesión forzosa en el País Vasco», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo II (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) M<sup>a</sup> del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 730 – 758.

**GIMÉNEZ – CANDELA, T.**, *Derecho privado romano*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

**GOMA LANZÓN, F.**, «Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil», en *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Juan José Rivas Martínez*, (dir.) A. Pérez-Bustamante De Monasterio, tomo I, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 555 - 576.

**GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.**, «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», en *R.C.D.I.*, núm. 687, Enero – Febrero 2005, págs. 11-30 y en la versión electrónica generada de V/LEX son las págs. 1 - 18.

\_\_\_ «Intervención de los legitimarios en la partición en el Derecho civil común», en *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Juan José Rivas Martínez*, (dir.) A. Pérez-Bustamante De Monasterio, tomo I, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 679 - 701.

\_\_\_ «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», en *Protección Jurídica y Patrimonial de los Discapacitados, Xornadas e Seminarios*, (coord.) D. Bello Janeiro, Ed. Escola Galega de Administración Pública (EGAP), Santiago de Compostela, 2005, págs. 143 – 167.

**GONZÁLEZ ACEBES, B.**, «Promoviendo a la mujer en la sucesión en la Empresa Agraria», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2014, págs. 547 – 569.

\_\_\_ «EL N.7 del art. 756 y la protección del discapacitado», en *La Protección Jurídica del Discapacitado: II Congreso Regional*, (coord.) I. Serrano García, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 265 - 286.

**GONZÁLEZ PALOMINO, J.**, «Enajenación de bienes pseudo – usufructuados», Conferencia Desarrollada en la Semana Notarial de Santander en el Verano de 1948, Ed. Reus, Madrid, 1950, págs. 5 – 122.

**GONZÁLEZ PORRAS, J. M.**, «Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas», en *Personalidad y Capacidad Jurídicas: 74 Contribuciones con Motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, tomo II, (coords.) R. Casado Raigón y I. Gallego Domínguez, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, págs. 697 – 710.

**GÓNZALEZ RIVAS, J. J.**, *La Constitución Española de 1978: estudio sistemático y jurisprudencial*, Ed. Civitas, S. L., 1ª edición, Madrid, 2003.

**GONZÁLEZ Y SERRANO, J.**, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro, continuación del que comenzó a publicar el Excmo. Sr. D. Joaquín Francisco Pacheco, Obra Póstuma*, Tomo II, Ed. Imprenta y Fundición de M. Tello, Madrid, 1876.

**GORKA GALICIA A.**, «Artículo 781 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 5714 – 5725.

— «Artículo 782 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 5726 – 5728.

— «Artículo 783 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 5729 – 5736.

— «Título VI. De las sucesiones, Capítulo VII. De las legítimas y otros límites a la libertad de disposición por causa de muerte, Sección 1ª», en *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, S. A. y Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2018, págs. 597 – 605.

**GULLÓN BALLESTEROS, A.**, «El párrafo 3º del artículo 820 del Código Civil», en *A.D.C.*, fascículo 4, 1961, págs. 875 – 895.

— «La conmutación de la legítima de los hijos naturales reconocidos», en *A.D.C.*, núm. 4, 1966, págs. 779 – 794.

**GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.**, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Tomo III, 3ª edición, Ed. Imprenta de la Sra. V. é Hijas de D. Antonio Peñuelas, Madrid, 1871.

— *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Tomo II, 4ª edición, Ed. Imprenta de la Sra. V. é Hijas de D. Antonio Peñuelas, Madrid, 1875.

**GUZMÁN, R. A.**, *Código Civil de Puerto Rico*, 3ª edición, Ed. Forum – Legis Editores, S. A., Colombia, 2001.



**HÄBERLE, P.**, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, (trad.) J. Brage Camazano, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003.

**HERNÁNDEZ – TEJERO JORGE, F.**, *Lecciones de Derecho romano*, Ed. Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 6ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1994.

**HERRADA ROMERO, R. I.**, «Algunas consideraciones sobre el plazo Ex artículo 831 del Código Civil», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coords.) J. M. González Porras y F. P. Méndez González, tomo I, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª edición, Murcia, 2004, págs. 2483 - 2503.

**HERRERO GARCÍA, M. J.**, «Artículo 1321», en *Comentario del Código Civil*, (dirs.) C. Paz – Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez - Cano, L. Díez – Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch, Ed. Aranzadi, S. A., 1ª edición, Pamplona, 2015, págs. 18 - 19 (recurso electrónico).

**HERRERO OVIEDO, M.**, «Pertinencia de la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado», en *La Protección Jurídica del Discapacitado: II Congreso Regional*, (coord.) I. Serrano García, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 287 – 294.

**HIDALGO GARCÍA, S.**, «Algunas consideraciones sobre las mejoras tácitas (Aportación al estudio de los Arts. 825 y 828 del CC)», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Ed. Civitas, S. L., 1ª edición, Madrid, 2003, págs. 5305 – 5318.

**HUALDE MANSO, T.**, «“Epígrafe II: La legítima en el Derecho civil de Navarra” en el Capítulo 49: La legítima en Galicia y en Navarra», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo II (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) Mª del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 671 – 695, esp. 685 - 695.

**HUERTA TRÓLEZ, A.**, «La Empresa Familiar ante el fenómeno sucesorio», en *R.J.N.*, núm. 50, Abril – Junio 2004, págs. 93 – 138.

**IGLESIAS SANTOS, J.**, «Discurso histórico del Derecho romano», en *R.A.J.L.*, núm. 25, 1995, págs. 213 – 226.

\_\_\_ «Roma y el Derecho romano (Apariencia y Realidad)», en *R.A.J.L.*, núm. 33, 2003, págs. 217 – 223.

\_\_\_ *Derecho romano*, Ed. Sello Editorial, S. L., 18ª edición revisada y actualizada, Barcelona, 2010.

\_\_\_ *Derecho romano, Historia e Instituciones*, Ed. Sello Editorial, S. L., 18ª edición revisada y actualizada por J. Iglesias Redondo, Barcelona, 2010.

— «Miniaturas histórico – jurídicas», en *Estudios Jurídicos In Memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, volumen I, (coords.) J. García Sánchez, P. De la Rosa Díaz y A. Torrent Ruiz, Ed. Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, págs. 549 – 564.

**IRURZUN GOICOA, D.**, «La Cautela Socini revitalizada en un testamento en favor de la viuda y de la familia», en *R.J.N.*, núm. 83, Julio – Septiembre 2012, págs. 373 – 411.

— ¿Qué es la legítima para el Código Civil español? Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres, en *R.D.C.*, vol. II, núm. 2, Abril – Junio 2015, págs. 257 - 279.

**JORDAN DE ASSO Y DEL RÍO, I. y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M.**, «El Fuero Viejo de Castiella: discurso preliminar», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo I, Ed. Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1847, págs. 221 – 241.

— *El ordenamiento de leyes, que Don Alfonso XI hizo en las cortes de Alcalá de Henares en el año de mil trescientos y cuarenta y ocho*, Ed. Librería de los Señores Viuda é Hijos de D. Antonio Calleja, Madrid, 1847, [www.fama2.us.es/fde/ocr/2004/ordenamientoDeAlcala.pdf](http://www.fama2.us.es/fde/ocr/2004/ordenamientoDeAlcala.pdf), última consulta el 5 de febrero de 2017.

**JORDANO BAREA, J. B.**, «Dictamen sobre el abuso de la facultad prevista en el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil y otras cuestiones», en *A.D.C.*, Fascículo 4, 1964, págs. 941 – 960.

— «Dictamen sobre validez de partición contenida en testamento», en *A.D.C.*, fascículo 1, 1952, págs. 233 – 247.

**KASER, M.**, «El Derecho romano-vulgar tardío» en *A.H.D.E.*, 1960, págs. 617 – 630.

**KUNKEL, W.**, *Historia del Derecho romano*, Ed. Ariel, S. A., Barcelona, 2003.

**LÁCAL, P.**, «Herederos legitimarios», en *R.C.D.I.*, núm. 210, Noviembre 1945, págs. 721 – 723.

**LACRUZ BERDEJO, J. L.**, «Las legítimas en la Compilación», en *R.C.D.I.*, núm. 465, Marzo - Abril 1968, págs. 505 – 539.

— «Las “concordancias” de García Goyena y su valor para la interpretación del Código Civil», en *R.C.D.I.*, núm. 501, Marzo – Abril 1974, págs. 289 – 302.

— «Nota Preliminar», en *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, F. García Goyena (autor), Ed. Cometa, S. A., Zaragoza, 1974, págs. III - X.

**LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A.**, *Elementos de Derecho civil: Derecho de sucesiones*, Tomo V, Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 1988, reimp. 1990.

**LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. Y OTROS**, *Elementos de Derecho civil V: Derecho de sucesiones*, Ed. Bosch, S. A., 5ª edición, Barcelona, 1993.

\_\_\_ *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, Vol. II, Ed. Dykinson, S. L., 3ª edición (revisada y puesta al día por A. Luna Serrano), Madrid, 2009.

\_\_\_ *Elementos de Derecho civil I: parte general*, Vol. I, Ed. Dykinson, 5ª edición, revisada y puesta al día por J. Delgado Echevarría, Madrid, 2012.

\_\_\_ *Elementos de Derecho civil IV: familia*, Ed. Dykinson, 4ª edición, revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid, 2010.

**LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS**, *Elementos de Derecho civil V: sucesiones*, Ed. Dykinson, S. L., 4ª edición (revisada y puesta al día por J. Rams Albesa), Madrid, 2009.

**LALINDE ABADÍA, J.**, «La sucesión filial en el Derecho visigodo», en *A.H.D.E.*, 1962, págs. 113 – 129.

**LASARTE ÁLVAREZ, C.**, *Derecho de sucesiones: principios de Derecho civil*, tomo VII, Ed. Marcial Pons, 9ª edición, Madrid, 2014.

\_\_\_ *Derecho de sucesiones: principios de Derecho civil*, tomo VII, Ed. Marcial Pons, 12ª edición, Madrid, 2017.

**LASSO GAITE, J. F.**, *Crónica de la Codificación Española: 4 Codificación Civil (Génesis e Historia del Código)*, volumen 1, Ed. Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970.

**LEÑA FERNÁNDEZ, R.**, «Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», en *Discapacitado, Patrimonio Separado y Legítima*, (dir.) F. Santos Urbaneja, Cuadernos de Derecho Judicial XX, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 179 – 271.

**LLAMAS Y MOLINA, S.**, Comentario, crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres Leyes de Toro, Tomo I, 3ª edición, Ed. Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Madrid, 1853.

**LLEDÓ YAGÜE, F.**, «Reforma del sistema legitimario y el principio de libertad de testar», en *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un Debate Reformista*, (dirs.) Mª. P. Lledó Yagüe, F. Ferrer Vanrell y J. Torres Lana, tomo 1, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, págs. 649 - 718.

\_\_\_ «Análisis de las disposiciones testamentarias favorables al discapaz y/o incapacitado: el recurso al pago de la legítima y/o porción hereditaria. La mejora y/o la libre disposición sus diversas variantes. La situación protectora del incapacitado en concurrencia con la institución de heredero modal y condicional», en *La Familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro*, (coord.) A. L. Rebolledo Varela, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2010, págs. 463 – 526.

**LLOPIS GINER, J. M.**, «Capítulo III: La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil», en *La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales*, (coord.) M. J. Reyes López, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2004, págs. 51 – 71.

**LLUIS Y NAVAS, J.**, «Los principios del Derecho en los sistemas romano – germánicos», en *R.G.J.L.*, núm. 4, Octubre – Diciembre 2014, págs. 637 – 658.

**LÓPEZ DE TOVAR, G.**, *Las Siete Partidas del muy noble Rey Don Alfonso el Sabio, Glosadas*, tomo III, Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1844.

**LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.**, «El artículo 831 del Código Civil», en *A.D.C.*, núm. 3, vol. 58, 2005, págs. 1115 – 1152.

— *La conmutación de la legítima*, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1989.

**LÓPEZ FRÍAS, M<sup>a</sup>. J.**, «Capítulo 2: La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil», en *Protección del Patrimonio Familiar*, (coords.) J. Sánchez Calero y R. García Pérez, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 39 – 73.

**LÓPEZ JACOISTE, J. J.**, *La mejora en cosa determinada*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961.

**LÓPEZ LÓPEZ, A. M.**, «La garantía institucional de la herencia», en *R.D.P.C.*, núm. 3, 1994, págs. 29 - 62.

— *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1988.

— *Fundamentos de Derecho civil: doctrinas generales y bases constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

— «Cap. 17: Comentario al artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Derecho Civil Constitucional*, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, págs. 377 - 394.

— «Cap. 18: El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites», en *Derecho Civil Constitucional*, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, págs. 395 – 443.

— «Cap. 19: La garantía institucional de la herencia», en *Derecho Civil Constitucional*, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, págs. 444 – 472.

**LÓPEZ NAVARRO, J.**, «Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado», en *Jornadas sobre la Nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados*, Celebradas en Valencia los días 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004, (coord.) M. A. Rueda Pérez, Ed. Colegio Notarial de Valencia, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Valencia, 2005, págs. 63 – 83.

**LÓPEZ ORTIZ, J.**, «La colección conocida con el título de leyes nuevas y atribuida a Alfonso X el Sabio» en *AHDE*, núm. XVI, 1945, págs. 5 – 70.

**LÓPEZ PINA, A.**, «La autonomía privada y los derechos fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional», en *T.R.C.*, núm. 20, 2007, págs. 145 – 173.

**LUNA SERRANO, A.**, «Unas breves reflexiones para una reforma del Derecho sucesorio en el contexto de la actual realidad social», en *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un Debate Reformista*, (dirs.) M<sup>a</sup>. P. Lledó Yagüe, F. Ferrer Vanrell y J. Torres Lana, tomo 1, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, págs. 3 - 9.

**MAGARIÑOS BLANCO, V.**, «La libertad de testar. Una reforma necesaria», en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado: Estudios en Conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado*, tomo 1, (coord.) L. Prats Albentosa, Ed. La Ley, 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2013, págs. 641 – 690.

\_\_\_ «La libertad de testar», en *R.D.P.*, núms. 9-10, Septiembre – Octubre 2005, págs. 1 - 35.

**MALAVET VEGA, P.**, *Evolución del Derecho Constitucional en Puerto Rico*. Ed. Lorena, Ponce, P.R., 1998.

**MANZANO MALAXECHEVARRÍA, J. R. y URRUTIA BADIOLA, A. M.**, «El nuevo artículo 831 del Código Civil y su repercusión en Bizkaia», en *B.A.V.D.*, Año 2, núm. Extra 1, 2004, págs. 45 – 63.

**MANRESA Y NAVARRO, J. M.**, «Artículo 829 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4<sup>a</sup> edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, págs. 457 – 459.

\_\_\_ «Artículo 825 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4<sup>a</sup> edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, págs. 424 - 431.

\_\_\_ «Artículos 820 al 822 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4<sup>a</sup> edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, págs. 393 – 403.

\_\_\_ «Artículo 828 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4<sup>a</sup> edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, págs. 453 - 457.

\_\_\_ «Libro III. Título III: De las sucesiones, Parte III: juicio crítico de las reformas hechas por el Código Civil en materia de sucesiones, Sección 1<sup>a</sup>, Sucesión Testada», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo V, Imprenta de la Revista de Legislación, 3<sup>a</sup> edición corregida y aumentada, Madrid, 1910, págs. 286 - 299.

\_\_\_ «Libro III, Título III, Sección 5<sup>a</sup>: De las legítimas», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4<sup>a</sup> edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, págs. 209 – 222.

— «Artículo 781 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, págs. 133 – 142.

— «Artículo 813 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, págs. 346 – 350.

— «Artículo 815 del CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, 4ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1911, págs. 365 – 371.

**MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.**, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2010.

— «La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados: algunos de los problemas que plantea», en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad: Comunicaciones*, (dir.) J. Pérez de Vargas Muñoz, (coord.) M. Pereña Vicente, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 249 – 267.

— «Artículo 1406 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) A. Domínguez Luelmo, Ed. Lex Nova, S. A. U., 1ª edición, 2010, págs. 1549 – 1551.

**MARTÍN PÉREZ, J. A.**, «El legado de cosa específica y determinada de propiedad del testador. Estudio sobre sus Efectos», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Ed. Civitas, S. L., 1ª edición, Madrid, 2003, págs. 5319 – 5338.

**MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.**, «Parte I: El régimen constitucional de los derechos fundamentales», en *Derechos Fundamentales y Constitución*, (dirs.) M. A. Olea, M. Cortés, L. Díez Picazo, J. García Añoveros, E. García de Enterría, J. González Pérez, A. Menéndez, G. Rodríguez Mourullo y R. Uría, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición, Madrid, 1988, págs. 19 – 91.

**MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.**, «Capítulo 20: La partición hereditaria: efectos, invalidez e ineficacia. La colación», en *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Colex, 2013.

**MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.**, «La impugnación de la partición y el principio de favor partitionis», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 873 - 892.

**MARTÍNEZ ESPÍN, P.**, «Comentario al artículo 1056 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1423 – 1428.

— «Comentario al artículo 1062 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1439 – 1440.

— «Tema V: Partición y Colación», en *Derecho de Sucesiones*, R. Bercovitz Rodríguez – Cano (coord.), Ed. Tecnos (Grupo Anayas, S. A.), Madrid, 2009, págs. 195 – 243.

**MARTÍNEZ MARINA, F.**, *Ensayo histórico – crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas*, Tomo I, Lib. 6to, 2ª edición, Ed. Imprenta D. E. Aguado, Madrid, 1834.

**MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I.**, *Tratado de Derecho de sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, 1ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2013.

**MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.**, «“Quo Legitima Tangitur”: la intangibilidad cualitativa de la legítima», Discurso leído el 15 de diciembre de 2014 en el acto de su recepción como académico de número, en *R.A.J.L.*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, págs. 15-161.

— «El artículo 831 y el “Favor Viduitatis”», en *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un Debate Reformista*, (dirs.) M<sup>a</sup>. P. Lledó Yagüe, F. Ferrer Vanrell y J. Torres Lana, tomo 1, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, págs. 969 - 1002.

**MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.**, «Caracterización y alcance de la Cautela Socini contenida en el testamento», en *R.A.D.*, BIB 2014/3362, núm. 6, 2014, págs. 1 – 15.

**MASIDE MIRANDA, J. E.**, *Legítima del cónyuge supérstite*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989.

**MEDINA GUERRERO, M.**, «La eficacia vinculante de los Derechos frente a los Poderes Públicos; en especial, frente al Legislador», en *Comentarios a la Constitución Española*, (dirs.) M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, (coords.) M. Pérez Manzano e I. Borrajo Iniesta, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 1158 – 1172.

**MENÉNDEZ – VALDÉS GOLPE, E.**, «Variaciones sobre las legítimas», en *R.D.N.*, núm. 63, Enero – Marzo 1969, págs. 165 – 215.

— «Más noticias sobre usos notariales» en *R.D.N.*, núm. 64, Abril – Junio 1969, págs. 393 – 415.

**MILLÁN SALAS, F.**, «La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil», en *A.C.*, núms. 45-46, Diciembre 2003, págs. 1179-1197.

— «La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil», en *R.G.L.J.*, núm. 3, Julio – Agosto 2006, págs. 403 – 434.

— *Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan íntegra una explotación agrícola*, Ed. Ediasa, Madrid, 1999.

**MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.**, «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español», en *R.C.D.I.*, núm. 722, 2010, págs. 2539 – 2557.

— «El cónyuge viudo como contador partidor en el Derecho sucesorio español (Artículo 831 del Código Civil)», en *R.J.N.*, núm. 62, Abril – Junio 2007, págs. 181 – 192.

**MIQUEL, J.**, *Derecho privado romano*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.

**MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M<sup>a</sup>.**, «Legítima material y Legítima formal», en *A.A.M.N.*, tomo 49, Mayo - 2009, págs. 493 – 560.

— «Reflexiones sobre la legítima», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2014, págs. 983 – 1001.

— «Notas sobre “La Voluntad del Testador” », en *R.J.U.A.M.*, núm. 6, 2002, págs. 153 – 190.

**MONEDERO GIL, F. J.**, «La partición practicada por el testador», en *R.P.*, núm. 64, págs. 515 – 552.

**MONESTIER MORALES, J. L.**, «Legados de habitación en favor de discapacitados: efectos civiles y liquidación monetaria», en *R.E.F.D.U.G.*, ([www.refdugr.com](http://www.refdugr.com)), Noviembre – 2007, págs. 1 – 23.

— «Los discapacitados y el legado de habitación», en *Nuevas Perspectivas del Tratamiento Jurídico de la Discapacidad y la Dependencia*, (dir.) M<sup>a</sup>. del C. García Garnica, (coord.) R. Rojo Álvarez-Manzaneda, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, págs. 317 – 336.

**MONJE BALMASEDA, O.** (coord.), *Cuaderno IV: restricciones a la libertad de disposición mortis causa: las legítimas y las reservas hereditarias*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2011.

— «Mecanismos sucesorios en la protección de los discapacitados y/o incapacitados: el recurso a las sustituciones testamentarias», en *La Familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro*, (coord.) A. L. Rebolledo Varela, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2010, págs. 527 – 554.

**MONTÉS PENADÉS, V. L.**, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo: un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978*, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición, Madrid, 1980.



**MORALEJO IMBERNÓN, N.**, «Comentario al artículo 1406 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1895 – 1897.

— «Comentario al artículo 1407 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1897 – 1898.

**MORENO FLÓREZ, R. M<sup>a</sup>.**, «La sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2014, págs. 1003 – 1024.

**NANCLARES VALLE, J.**, «La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada», en *Las Nuevas Herramientas de Protección Jurídico – Privadas de las Personas Dependientes. Un Estudio Comparado*, (coord.) A. Muñoz Fernández, Ed. Aranzadi, S. A., 1ª edición, Navarra, 2014, págs. 123 – 160.

**NIETO ALONSO, A.**, *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2014.

**NIEVES MORALEJO, I.**, «Artículo 1406 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S.A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1895 – 1897.

**NOGUERA NEBOT, T.**, «El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil», en *R.D.U.N.E.D.*, núm. 1, 2006, págs. 471 – 488.

— «Hogar familiar: atribución de un derecho de habitación a un legitimario persona con discapacidad», en *La Protección de las Personas Mayores: Apoyo Familiar y Prestaciones Sociales*, Ponencias y Comunicaciones del Congreso Internacional «La Protección de las Personas Mayores», Celebrado del 7 al 9 de octubre de 2009 en Córdoba, Ed. IDADFE, Madrid, 2009, págs. 1 – 18.

**NOLASCO DE LLANO, P.**, *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Ed. Imprenta Real, Madrid, 1795.

**NUÑEZ MUÑIZ, M<sup>a</sup> C.**, «Sobre la noción de herencia: propuesta y revisión de su concepto a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia», en *R.C.D.I.*, núm. 739, Septiembre 2013, págs. 3457-3495.

**NUÑEZ NUÑEZ, M.**, «Algunas reflexiones – negativas – al gravamen sobre la legítima corta después de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, (coord.) J. Pérez De Vargas Muñoz, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2006, págs. 673-684.

— «Diversos beneficios sucesorios introducidos por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, a favor de las personas discapacitadas», en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, (dir.) J. Pérez De Vargas Muñoz, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 959 – 971.

**O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.**, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Ed. La Ley, 5ª edición, Madrid, 2006.

\_\_\_ «El presente y futuro del Derecho de sucesiones: casos y cosas de la legítima», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, (coord.) D. Jiménez Liébana, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 1505 – 1517.

\_\_\_ *Compendio de Derecho civil* [Recurso electrónico], Tomo I: Parte General, Ed. Edersa, Madrid, 2004, <https://app.vlex.com/#vid/214598>, última consulta el 27 de marzo de 2019.

**ORTEGA PARDO, G.**, *Naturaleza jurídica del llamado: «legado en lugar de la legítima»*, Ed. Gráfica Unión, Madrid, 1945.

\_\_\_ «Herederero testamentario y Herederero forzoso», en *A.D.C.*, núm. 2, 1950, págs. 321 – 361.

**OSSORIO SERRANO, J. M.**, «Capítulo 31: Los legados», en *Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones*, (coord.) F. J. Sánchez Calero, Ed. Tirant lo blanch, 7ª edición, Valencia, 2015, págs. 551 – 578.

**OTERO VARELA, A.**, «La mejora», en *A.H.D.E.*, 1963, págs. 5 – 131.

\_\_\_ «La mejora del nieto», en *A.H.D.E.*, 1961, págs. 389 – 400.

**PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F.**, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, tomo I, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1862.

\_\_\_ *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, Tomo II, Ed. Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1862.

\_\_\_ *Comentario a las Leyes de Desvinculación*, Ed. Establecimiento Tipográfico de Don Ramón Rodríguez de Rivera, 3ª edición, Madrid, 1847.

**PALAZÓN GARRIDO, Mª. L.**, *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

\_\_\_ «Capítulo 8: La conservación de la Empresa Familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del Código Civil», en *Protección del Patrimonio Familiar*, (coords.) J. Sánchez Calero y R. García Pérez, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 309 – 345.

\_\_\_ «La posición sucesoria del cónyuge viudo en el variado marco de los ordenamientos europeos», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, (coord.) D. Jiménez Liébana, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 1519 – 1539.

**PANERO GUTIÉRREZ, R.**, «Reflexiones sobre las XII Tablas: T. 1, 6 y 7 PR», en *Estudios Jurídicos In Memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, volumen II, (coords.) J.

García Sánchez, P. De la Rosa Díaz y A. Torrent Ruiz, Ed. Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, págs. 763 – 782.

— *Derecho romano*, Ed. Tirant lo Blanch, 5ª edición, Valencia, 2015.

**PANTALEÓN PRIETO, A. F.**, «Comentarios a los nuevos artículos 841 y siguientes del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, volumen II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1378 – 1457.

— «Pago de la porción hereditaria en casos especiales», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, volumen II, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1984, págs. 1332 – 1377.

**PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A.**, «Legítimas, Libertad de Testar y Transmisión de un Patrimonio», *Nul: Estudios sobre Invalidez y Eficacia*, núm. 1, 2009, págs. 1 – 80, publicado, además, en *AFDUDC*, núm. 13, 2009, págs. 481 – 554.

**PASCUAL QUINTANA, J. M.**, «La desheredación en el Derecho español: su desenvolvimiento histórico», en *R.F.D.U.O.*, Vol. III-73, Año XVI, Junio 1955, págs. 227 – 343.

**PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.**, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

**PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.**, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Ed. Consejo General del Notariado, 2ª edición, Madrid, 2006.

— «La naturaleza de la legítima», en *A.D.C.*, tomo XXXVIII, núm. 4, Octubre – Diciembre 1985, págs. 849 – 907. (Trabajo publicado, además, en *Derecho Civil: Estudios, Comentarios y Notas*, tomo IV, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, págs. 2753 – 2819.).

— «La naturaleza de la legítima: nota final», en *A.D.C.*, tomo XXXIX, núm. 2, Abril – Junio 1958, págs. 571 – 579. (Trabajo publicado, además, en *A.D.C.*, tomo XXXIX, núm. 2, Abril – Junio 1986, págs. 571 – 579 y en *Derecho Civil: Estudios, Comentarios y Notas*, tomo IV, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, págs. 2821 – 2830.)

— «El artículo 1082 del Código Civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Derecho Civil: Estudios, Comentarios y Notas*, tomo IV, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, págs. 2667 – 2734. (Trabajo publicado, además, en *A.D.C.*, tomo LX, núm. 2, Abril – Junio 2007, págs. 445 – 512.)

**PEREÑA VICENTE, M.**, «La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿Piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?», en *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, (coord.) J. Pérez De Vargas Muñoz, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2006, págs. 685 - 699.

— «El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado», en *Diario La Ley*, Año XXV, Núm. 5957, Febrero – 2004, págs. 1 – 6.

— *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2006.

**PÉREZ ESCOLAR, M.**, «Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código Civil español. Revisión de fundamentos y planteamientos de futuro», en *A.D.C.*, Núm. LX-4, Octubre - 2007, págs. 1641 - 1678.

— *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003.

**PÉREZ GALLARDO, L. B.**, «El Derecho de sucesiones en cifras: recapitulación y pronósticos», en *R.A.J.L.*, núm. 39, 2009, págs. 701 – 765.

— «La sucesión por causa de muerte desde una visión constitucional», en *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, (coords.) A. Murillo Villar, A. Calzada González, S. Castán Pérez-Gómez, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2016, págs. 683 – 706.

**PÉREZ HEREZA, J.**, «Sucesión con discapacitados: una visión práctica», en *A.S.N.*, Núm. 22, 2011, págs. 53 – 96.

**PÉREZ JIMÉNEZ, M. T.**, «Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», en *A.C.*, núm. 21, Primera Quincena Diciembre – 2004, págs. 2540 – 2558.

**PÉREZ LUÑO, A. E. y RODRÍGUEZ de QUIÑONES y de TORRES, A.**, «Artículo 33: Propiedad Privada y Herencia», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, (dir.) O. Alzaga Villaamil, Ed. Edersa, Madrid, 1996, págs. 491 – 541.

**PÉREZ LUÑO, A. E.**, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, E. Tecnos, (Grupo Anaya, S. A.), 10ª edición, Madrid, 2010.

**PÉREZ MARTÍN, A.**, «Glosas medievales a textos jurídicos hispánicos-inventario y tipos», en *Cahiers de linguistique hispanique médiévale*, núm. 14-15, 1989, págs. 17 - 35.

**PÉREZ RAMOS, C.**, «Capítulo 6: La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar», en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*, (coords.) L. Aguilar Ruiz, J. L. Arjona Guajardo-Fajardo y G. Cedeira Bravo De Mansilla, núm. 33, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 107 – 125.

**PINTÓ RUIZ, J. J.**, «Contestación al discurso de ingreso», en *R.A.J.L.*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, págs. 165 – 204.

**POLO ARÉVALO, E. M<sup>a</sup>.**, «Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en Derecho sucesorio español: Precedentes y Actualidad», en *R.I.D.R.O.M.*, núm. 10, Abril – 2013, págs. 331-375.

**PONNSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N.**, *El Derecho de las sucesiones en Roma*, Ed. Lerner, 2ª edición, Argentina, 1972.

**PORPETA CLÉRIGO, F.**, «Naturaleza jurídica de la legítima», en *Estudios de Derecho Sucesorio: Conferencias del Cursillo del año 1945*, Ed. Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1946, págs. 149 – 204.

**PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, P.**, «El artículo 1056, párrafo 2º, del Código Civil y las menciones legitimarias», en *R.C.D.I.*, núm. 479, Julio – Agosto 1970, págs. 907 – 942.

**PUIG BRUTAU, J.**, *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. II, Ed. Bosch, S. A., 2ª edición, Barcelona, 1977.

\_\_\_ «Capítulo IV: Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y foral», en *Estudios de Derecho Privado: Sucesiones*, tomo II, Ed. Aranzadi, S. A., 1ª edición, Navarra, 2009, págs. 151 – 197.

**PUIG FERRIOL, L.**, *El heredero fiduciario*, Ed. Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 1965.

\_\_\_ «Protección del discapacitado: aspectos sucesorios», en *Protección Jurídica y Patrimonial de los Discapacitados, Xornadas e Seminarios*, (coord.) D. Bello Janeiro, Ed. Escola Galega de Administración Pública (EGAP), Santiago de Compostela, 2005, págs. 277 - 306.

**PUIG PEÑA, F.**, *Tratado de Derecho civil español*, Tomo V, Vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

**PULIDO QUECEDO, M.**, *Constitución Española comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Ed. Grupo El Derecho y Quantor, S. L., 1ª edición, Madrid, 2012.

**RAGEL SÁNCHEZ, L. F.**, *La Cautela Gualdense o Socini y el artículo 820.3*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2004.

\_\_\_ «Comentario al art. 806», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 5830 - 5848.

\_\_\_ «Comentario al art. 808», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 5856 - 5871.

\_\_\_ «Comentario al art. 813», en *Comentario al Código Civil: Tomo IV (Arts. 588 a 818)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 5916 – 5932.

\_\_\_ «Comentario al art. 819» en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6021 - 6033.

— «Comentario al artículo 820» en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6034 - 6088.

— «Comentario al artículo 821» en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6089 - 6094.

— «Comentario al artículo 822» en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6095 - 6109.

— «Comentario al artículo 825» en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6135 - 6140.

— «Comentario al artículo 828» en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6157 - 6162.

— «Comentario al artículo 829», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6163 - 6170.

— «Comentario al artículo 832», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6191 - 6192.

— «Comentario al artículo 841», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6242 - 6248.

— «Comentario al artículo 842 – 843», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6249 - 6252.

— «Comentario al artículo 844», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6253 - 6258.

— «Comentario al artículo 845 – 846», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6259 - 6262.

— «Comentario al artículo 847», en *Comentario al Código Civil: Tomo V (Arts. 819 a 1042)*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 6263 - 6267.

— «El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coords.) J. M. González Porras y F. P. Méndez

González, tomo II, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª edición, Murcia, 2004, págs. 4017 - 4032.

\_\_\_ «La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta», en *Homenaje al profesor LLuis Puig Ferriol*, J. M. Abril Campoy, y M. E. Amat Llari, volumen II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 1995 - 2015.

**RAMOS MAESTRE, A.**, «El derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado», en *R.D.P.*, Núm. 1, Enero – Febrero 2013, págs. 5 – 34.

**RAMS ALBESA, J. J.**, «Libertad civil, libertad de testar: notas para su formulación», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, volumen 1, Ed. J. M. Bosch, S. A., Barcelona, 1992.

\_\_\_ «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la Sociedad de Gananciales (Régimen y Naturaleza): **Segunda Parte**», en *R.C.D.I.*, núm. 568, Mayo – Junio 1985, págs. 927 – 1069.

\_\_\_ «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la Sociedad de Gananciales (Régimen y Naturaleza): **Primera Parte**», en *R.C.D.I.*, núm. 568, Mayo – Junio 1985, págs. 727 – 836.

\_\_\_ *Uso, Habitación y Vivienda Familiar*, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1987.

**RASCÓN, C.**, *Síntesis de historia e instituciones de Derecho romano*, Ed. Tecnos, 3ª edición, Madrid, 2008.

**RASCÓN GARCÍA, CÉSAR Y GARCÍA GONZÁLEZ, J. M<sup>a</sup>.**, *Estudio preliminar, traducción y observaciones de la Ley de las XII Tablas*, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, S.A., 3ª edición, Madrid, 2003.

**REAL PÉREZ, A.**, *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Ed. Civitas, S.A., 1ª edición, Madrid, 1988.

\_\_\_ *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1988.

\_\_\_ «Comentario a la Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Usufructo universal del cónyuge viudo. Aplicación del artículo 820.3 del Código Civil aunque no haya concesión expresa de la facultad de opción a los herederos», en *C.C.J.C.*, núm. 58, Enero – Marzo 2002, págs. 393 – 406.

**REBOLLEDO VARELA, A. L.**, «La actualización del Derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación», en *La Familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro*, (coord.) A. L. Rebollo Varela, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2010, págs. 23 – 41.

**REPRESA POLO, M<sup>a</sup> P<sup>a</sup>.**, *La desheredación en el Código Civil*, Ed. Reus, S. A., 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2016.

**REQUIXO SOUTO, X. M.**, «Legado de cosa específica», en E.C.L.C., BIB 2011/5629, Junio – 2011, págs. 1 – 12.

— «Capítulo 30: Clases de legados», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) M<sup>a</sup> del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2<sup>a</sup> edición, Navarra, 2016, págs. 1193 - 1246.

**REVERTE NAVARRO, A.**, «Reflexiones sobre la legítima en el Código Civil», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coords.) J. M. González Porras y F. P. Méndez González, tomo II, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1<sup>a</sup> edición, Murcia, 2004, págs. 4133 - 4168.

**REY MARTÍNEZ, F.**, *La propiedad privada en la Constitución Española*, Ed. Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

**REY-STOLLE DE LA PEÑA, A.**, «La sucesión legítima y por legítimas», en *F.G.*, 1952, págs. 235 – 264.

**REYES LÓPEZ, M. J.**, «Retomando las ideas en torno a la conservación y continuación de la empresa familiar», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Ed. Civitas, S. L., 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2003, págs. 5481 – 5495.

**RIERA ÁLVAREZ, J. A.**, «Protección sucesoria de las personas discapaces», en *Marco Jurídico y Social de las Personas Mayores y de las Personas con Discapacidad*, (dir.) C. Rogel Vide, (coords.) M<sup>a</sup>. D. Díaz Palarea y D. M<sup>a</sup>. Santana Vega, Ed. Reus, S. A., 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2008, págs. 141 – 160.

**RIPOLL SOLER, A.**, «La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 C.C. fideicomiso de residuo», en *B.C.R.E.*, núm. 114, Abril - 2005, págs. 823 – 827.

**RIVAS MARTÍNEZ, J. J.**, *Derecho de sucesiones común y foral*, tomo I, Ed. Dykinson, S. L., 4<sup>a</sup> edición, Madrid, 2009.

— *Derecho de sucesiones común y foral*, tomo II, Ed. Dykinson, S. L., 4<sup>a</sup> edición, Madrid, 2009.

— *Derecho de sucesiones común y foral*, tomo III, Ed. Dykinson, S. L., 4<sup>a</sup> edición, Madrid, 2009.

— «Problemas “habituales” en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo», en *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un Debate Reformista*, (dirs.) M<sup>a</sup>. P. Lledó Yagüe, F. Ferrer Vanrell y J. Torres Lana, tomo I, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, págs. 459 - 490.



— «La delegación de la facultad de mejorar», en *B.C.R.E.*, núm. 136, Junio - 2007, págs. 1629-1651.

**RIVERA ÁLVAREZ, J. M<sup>a</sup>.**, «La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coords.) J. M. González Porras y F. P. Méndez González, tomo II, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª edición, Murcia, 2004, págs. 4185 - 4205.

— «Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad», en *R.M.T.A.S.*, Núm. 50, 2004, págs. 91 – 119.

**RIVERA FERNÁNDEZ, M.**, «Artículo 821 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, (dirs.) A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Ed. Aranzadi, S. A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 868 - 869.

— «Artículo 822 del CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, (dirs.) A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Ed. Aranzadi, S. A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 869 - 873.

**ROBLES PEREA, M. A.**, «El artículo 831 del Código Civil según redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», en *Jornadas sobre la Nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados*, (coord.) M. A. Rueda Pérez, Ed. Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Valencia, 2004, págs. 157 – 169.

**ROCA GUILLAMÓN, J.**, «Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo 831 del Código Civil – Ley 41/2003)», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coords.) J. M. González Porras, y F. P. Méndez González, tomo II, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª edición, Murcia, 2004, págs. 4279 - 4301.

**ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>.**, *Estudios de Derecho privado: sucesiones*, tomo II, Ed. Aranzadi, S. A., 1ª edición, Navarra, 2009.

— «La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio», en *A.A.M.N.*, volumen 1, 1945, págs. 335-377.

— «Naturaleza jurídica de la legítima, (Teoría de la “Debita Pars Valoris Bonorum”)», en *Estudios sobre Sucesiones*, Tomo II, Ed. Instituto de España, D. L., Madrid, 1981, págs. 35 - 71.

**ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.**, «Casuística legitimaria en el régimen del Código Civil», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen 1, 1988, Madrid, págs. 583 – 617.

**ROCA TRÍAS, E.**, «Una reflexión sobre la libertad de testar», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M.

P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, 1ª edición, Madrid, 2014, págs. 1245 – 1266.

— *Libertad y Familia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

— «Artículo 4 del CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [Recurso electrónico], Tomo I, Vol. I, dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1991, págs. 1 – 35, <https://app.vlex.com/#ES/vid/229627>, última consulta el 27 de marzo de 2019.

**RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M<sup>a</sup>**, «Artículo 33», en *Comentarios a la Constitución Española*, (dirs.) M<sup>a</sup> E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, (coords.) M. Pérez Manzano e I. Borrajo Iniesta, Ed. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 898 – 922.

**RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G.**, «Determinación del derecho de habitación», en *R.C.D.I.*, núm. 763, 2017, págs. 2646 – 2660.

**RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> E.**, «Legítimas y libertad de disposición del causante», en *Diario la Ley*, núm. 8865, Sección Doctrina, 17 de noviembre de 2016, págs. 1 – 13.

— «Art. 654 del CC», en *Código Civil Comentado*, (dirs.) A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Vol. II, Libro III, Ed. Aranzadi, S.A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 222 - 231.

**RODRÍGUEZ-YNTESTO VALCARCEL, A.**, «La reforma del artículo 831 del Código Civil por Ley 41/2003: la delegación de la facultad de mejorar», en *R.J.N.*, núm. 55, Julio – Septiembre 2005, págs. 169 - 208.

**ROGEL VIDE, C.**, *El derecho a la herencia en la Constitución*, Ed. Reus, S. A., 1ª edición, Madrid, 2017.

**ROMERO COLOMA, A. M<sup>a</sup>**, «La admisión de la Cautela *Socini* en el Derecho sucesorio español», *R.A.J.A.*, Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2013, págs. 1 - 3.

— «El usufructo universal del cónyuge viudo en el Derecho sucesorio español: problemática sobre su admisibilidad», en *R.D.F.*, núm. 58, 2013, págs. 303 – 310.

**ROMERO-GIRÓN DELEITO, J.**, «El nuevo artículo 831 CC. La fiducia sucesoria. Una aplicación práctica», en *R.J.N.*, núm. 57, Enero – Marzo 2006, págs. 221 – 231.

**ROMERO VIEITEZ, M. A.**, *La mejora*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.

**RUBIO GARRIDO, T.**, «La partición por el testador: algunos aspectos problemáticos, al hilo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5891)», *R.A.D.*, núm. 8, 2009, págs. 1 – 6.

— *La partición de la herencia*, Ed. Aranzadi, S. A. U., 1ª edición, Navarra, 2017.

**RUEDA ESTEBAN, L.**, «La reforma del párrafo 2 del artículo 1.056 del Código Civil», en *A.M.N.*, tomo 54, Octubre 2003, págs. 57-94.

\_\_\_ «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil», en *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial. Sus Protocolos*, (coords.) M. Garrido Melero, J. M<sup>a</sup>. Fugardo Estivill, V. M. Garrido de Palma, tomo IV, Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 2005, págs. 205 – 237.

\_\_\_ *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en Derecho común*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2014.

\_\_\_ Tesis Doctoral: «La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges», de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2014, págs. 1 – 750.

\_\_\_ «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», en *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial. Sus Protocolos*, (coords.) M. Garrido Melero, J. M<sup>a</sup>. Fugardo Estivill, V. M. Garrido de Palma, tomo IV, Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 2005, págs. 155 – 204.

\_\_\_ «La fiducia sucesoria del artículo 831 del C.C.», en *B.I.I.C.N.G.*, núm. 279, Marzo 2005, págs. 961 – 1016.

\_\_\_ «Algunos aspectos sobre el ejercicio de la comisión o encargo hecho en virtud del artículo 831 CC: ejecución de la delegación y de la fiducia (125 Aniversario del Código Civil)», en *R.J.N.*, núm. 85, Enero – Marzo 2013, págs. 325 – 404.

\_\_\_ «Ejecución de la fiducia sucesoria del artículo 831 (125 aniversario del Código Civil)», en *R.J.N.*, núm. 85, 2013, págs. 325 – 404.

\_\_\_ «El fiduciario del artículo 831 CC y la facultad de gravar con sustituciones fideicomisarias o con fideicomisos a favor de hijos o descendientes como forma de mejora», en *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Juan José Rivas Martínez*, (dir.) A. Pérez-Bustamante De Monasterio, tomo I, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 577 - 613.

**RUIZ-RICO RUIZ, G.**, «Derechos de la personalidad como elementos de articulación de la Constitución Política y la Constitución Civil», en *Principios y Derechos Constitucionales de la Personalidad: Su Proyección en la Legislación Civil*, (coords.) G. Ruiz-Rico Ruiz, M<sup>a</sup>. L. Moreno – Torres Herrera y N. Pérez Sola, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, págs. 9 – 27.

**RUIZ – RICO RUIZ MORÓN, J.**, «La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad», en *A.C.*, núm. 4, 2004, págs. 357 - 369 y en la versión electrónica generada de Wolters Kluwers son las págs. 1-15.

\_\_\_ «Capítulo 35: Lesión de la legítima», en *Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones*, (coord.) F. J. Sánchez Calero, Ed. Tirant lo Blanch, 7<sup>a</sup> edición, Valencia, 2015, págs. 626 – 640.

**SABORIDO SÁNCHEZ, P.**, «El pago en metálico de la legítima por orden del testador y garantías para su cumplimiento», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 1299 – 1317.

**SAINZ MORENO, F. y HERRERO DE PADURA, M.**, *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Vol. I, Ed. Cortes Generales, 2ª edición, Madrid, 1989.

— *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Vol. II, Ed. Cortes Generales, 2ª edición, Madrid, 1989.

— *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Vol. III, Ed. Cortes Generales, 2ª edición, Madrid, 1989.

— *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Vol. IV, Ed. Cortes Generales, 2ª edición, Madrid, 1989.

**SAMPER POLO, F.**, «La disposición “mortis causa” en el Derecho romano vulgar», en *A.H.D.E.*, 1968, págs. 87 – 227.

— «“Pars debita” en el Derecho romano vulgar», en *S.D.H.I.*, volumen 37, 1971, págs. 74 – 118.

**SÁNCHEZ, G.**, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Ed. Imprenta de los Sucesores de Hernando Quintana, Madrid, 1919.

**SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.**, «La legítima del cónyuge viudo (artículo 834 a 840 del Código Civil)», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, (coord.) L. Díez – Picazo, tomo II, Ed. Aranzadi, S. A., 1ª edición, Navarra, 2014, págs. 3087 – 3137.

**SÁNCHEZ ROMÁN, F.**, *Estudios de Derecho civil: Derecho de sucesiones*, tomo VI.2, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, 2ª edición, Madrid, 1910, (reimpreso por Ed. Analecta, Navarra, 2008).

— *Estudios de Derecho civil: Derecho de sucesiones*, tomo VI.1, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, 2ª edición, Madrid, 1910, (reimpreso por Ed. Analecta, Pamplona, 2008).

**SANZ VIOLA, A. M.**, «El derecho de habitación legal a favor del discapacitado», en *A. C.*, núm. 2, Segunda Quincena de Enero de 2009, págs. 144 – 153.

**SCAEVOLA MUCIUS, Q.**, *Código Civil comentado, concordado extensamente, muy ampliado*, tomo XVIII, (revisado y puesto al día) por P. Marín Pérez, 2ª edición, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954.

— *Código Civil comentado, concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día*, tomo XIV, (revisado y puesto al día) por F. Ortega Lorca, 4ª edición, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944.

**SEDA HERMOSÍN, M. A.**, «Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», en *A.S.N.*, tomo XV, 2006, págs. 265 – 279.

**SEMPERE Y GUARINOS, J.**, *Historia de los vínculos y mayorazgos*, Ed. Imprenta de Sancha, 2ª edición, Madrid, 1805.

— *Historia de los vínculos y mayorazgos*, Ed. Establecimiento Tipográfico de Don Ramón Rodríguez de Rivera, Madrid, 1847.

**SERNA MEROÑO, E.**, «Los derechos sucesorios de los hijos en los nuevos modelos familiares», en *La Familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro*, (coord.) A. L. Rebolledo Varela, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2010, págs. 237 – 261.

**SERRANO ALONSO, E. Y SERRANO GÓMEZ, E.**, *Manual de Derecho Civil Curso V-Plan Bolonia: Derecho de sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 5ª edición, Madrid, 2014.

**SERRANO GARCÍA, I.**, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad: tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Ed. Iustel Portal Derecho, S. A., 1ª edición, Madrid, 2008.

— «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Estudios de Derecho Civil: Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Ed. Universidad de Valladolid, 2004, págs. 93 – 130.

**SCHULZ, F.**, *Derecho romano clásico*, (trad.) J. Santa Cruz Teigeiro, Ed. Bosch, Barcelona, 1960.

— *Principios del Derecho romano*, Ed. Civitas, S. L., 2ª edición revisada y corregida de la traducción de la obra por M. Abellán Velasco, Madrid, 2000.

**SIERRA PÉREZ, I.**, «La fiducia sucesoria en Derecho común: el artículo 831 del Código Civil (LEG 1889, 27) en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (RCL 2003, 2695)», en *R.A.D.P.*, núm. 19, 2007, págs. 89 – 124.

**SOLÉ RESINA, J.**, «Capítulo 26: El fideicomiso en el Código Civil de Cataluña», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) Mª del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 1051 – 1090.

— «Capítulo 25: Sustitución fideicomisaria en el Código Civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo I (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) Mª del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 1017 – 1049.

**SUÁREZ BLÁZQUEZ, G.**, «Derecho de legítimas en las Partidas», en *Estudios Jurídicos In Memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, volumen II, (coords.) J. García Sánchez, P. De la Rosa Díaz y A. Torrent Ruiz, Ed. Asociación Iberoamericana de

Derecho Romano, Salamanca, 2002, págs. 953 – 976. Se publicó, además, en *A.F.D.O.*, núm. 1, 2002, págs. 501-526.

**SUÁREZ SÁNCHEZ – VENTURA, J. M.**, «Naturaleza de la legítima y pago en metálico», en *R.J.E.D.J.B.*, núm. 4, 1984, págs. 997 – 1032.

**TAU ANZOATEGUI, V.**, *Esquema histórico del Derecho sucesorio: del medievo castellano al siglo XIX*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1971.

**TORRENT RUIZ, A. J.**, *Manual de Derecho privado romano*, Ed. Edisofer, S. L., Zaragoza, 2002.

**TORRES GARCÍA, T. F.**, «Legítima, legitimarios y libertad de testar (Síntesis de un sistema)», en *Derecho de Sucesiones: Presente y Futuro, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Ed. Universidad de Murcia, 1ª edición, Murcia, 2006, págs. 173 - 227.

— «Una aproximación al artículo 1056.II Código Civil (Posible Sucesión Mortis Causa de la Empresa)», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, volumen I, Ed. Aranzadi, S.A., 1ª edición, Navarra, 2008, págs. 1653-1671.

— «El hijo incapacitado como sucesor universal», en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, (dir.) J. Pérez De Vargas Muñoz, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 687 – 724.

**TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.**, «La legítima en el Código Civil (II)», en *Tratado de Legítimas*, (coord.) T. F. Torres García, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, págs. 87 – 152.

— «Capítulo 45: La legítima en el Código Civil (II)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 417 – 475.

— «La legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de Legítimas*, (coord.) T. F. Torres García, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, págs. 21 – 86.

— «Capítulo 44: La legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 355 – 415.

**TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P.**, *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de sucesiones*, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

**TRÍAS MONGE, J.**, *Historia constitucional de Puerto Rico*, Vol. I, Ed. Universidad de Puerto Rico, 1ª edición, Río Piedras, P.R., 1980.

— *Historia constitucional de Puerto Rico*, Vol. II, Ed. Universidad de Puerto Rico, 1ª edición, Río Piedras, P.R., 1981.

\_\_\_ *Historia constitucional de Puerto Rico*, Vol. III, Ed. Universidad de Puerto Rico, 1ª edición, Río Piedras, P.R., 1982.

\_\_\_ *Historia constitucional de Puerto Rico*, Vol. IV, Ed. Universidad de Puerto Rico, 1ª edición, Río Piedras, P.R., 1983.

**VALIÑO ARCOS, A.**, «Protección de las personas con discapacidad en el régimen sucesorio del Código Civil», en *R.V.E.A.*, núm. 60, vol. II, 2015, págs. 67 – 88.

**VALLADARES RASCÓN, E.**, «Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil», (coords.) J. M., González Porrás y E. P., Méndez González, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo II, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicios de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª edición, Murcia, 2004, págs. 4893 - 4902.

**VALLET DE GOYTISOLO, J. B.**, «Apuntes de Derecho sucesorio (Posición y derechos de los legitimarios en el Código Civil)», en *A.D.C.*, volumen 4, fascículo 2, 1951, págs. 421 – 532.

\_\_\_ «Sobre el pretendido origen germánico de algunas instituciones jurídicas (La legítima castellana y la vizcaína, la Sociedad de Gananciales. La reivindicación de bienes muebles)», en *Homenaje al Profesor Alfonso García-Gallo*, tomo II, volumen II, Ed. Complutense, S. A., 1ª edición, Madrid, 1996, págs. 295 – 322.

\_\_\_ *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 1, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.

\_\_\_ *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.

\_\_\_ *Estudios de Derecho sucesorio. Estudios dispersos sobre las legítimas*, volumen III, Ed. Montecorvo, S.A., 2ª edición, Madrid, 1992.

\_\_\_ «Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima», en *A.D.C.*, tomo XXXIX, núm. 2, Julio – Septiembre 1958, págs. 833 – 849.

\_\_\_ «Observaciones entorno a la naturaleza de la legítima: a propósito de un trabajo de Manuel Peña Bernaldo de Quirós», en *A.D.C.*, tomo XXXIX, número 2, Enero – Marzo 1958, págs. 3 – 68. (Trabajo publicado, además, en *A.D.C.*, núm. 1, 1986, págs. 3 – 68.)

\_\_\_ *Aspecto cuantitativo de las legítimas*, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos: en *A.D.C.*, Madrid, 1971.

\_\_\_ «Apuntes de Derecho sucesorio II (Posición y derechos de los legitimarios en el Código Civil)», en *A.D.C.*, volumen V, fascículo 3, 1952, págs. 835 – 911.

\_\_\_ «Apuntes de Derecho sucesorio II (Posición y derechos de los legitimarios en el Código Civil)», en *A.D.C.*, fascículo 4, 1951, págs. 1348 – 1457.

\_\_\_ «Apuntes de Derecho sucesorio III: atribución de la legítima por actos inter vivos (Conclusión)», en *A.D.C.*, fascículo 2, 1955, págs. 269 – 460.

\_\_\_ «Los complementos de la legítima», *A.D.C.*, volumen XXVI, fascículo 1, Enero – Marzo 1973, págs. 3 – 213.

\_\_\_ «Contenido cualitativo de las legítimas de los descendientes en el Código Civil», en *A.D.C.*, fascículo 1, 1970, págs. 9 – 121.

\_\_\_ «Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima», en *A.D.C.*, fascículo 1, 1965, págs. 3 – 139.

\_\_\_ «Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas», en *A.D.C.*, fascículo 1, 1972, págs. 3 – 151.

\_\_\_ «La voluntad del causante Ley de la Sucesión», en *Estudio de Derecho Civil en Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ed. Universidad de Salamanca y Departamento de Derecho Civil, Salamanca, 1984, págs. 715 – 735.

\_\_\_ «Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar», en *A.D.C.*, tomo 19, núm. 2, Enero – Marzo 1958, págs. 3-44.

\_\_\_ *Estudios de Derecho sucesorio. El fenómeno sucesorio. Principios. Instituciones controvertidas*, volumen 1, Ed. Montecorvo, S. A., 2ª edición, revisada y ampliada, Madrid, 1987.

\_\_\_ *Panorama del Derecho de sucesiones, Parte I: Fundamentos*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1982.

\_\_\_ *Panorama del Derecho de sucesiones, Parte II: Perspectiva dinámica*, Ed. Civitas, S. A., 1ª edición, Madrid, 1984.

\_\_\_ «¿Los denominados derechos fundamentales son derechos o son principios jurídicos? Una cuestión lingüística con secuencias jurídicas», en *R.A.J.L.*, núm. 36, 2006, págs. 13 -31.

\_\_\_ «Comentario al artículo 821 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 306 – 308.

\_\_\_ «Comentario al artículo 815 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 209 – 224.

\_\_\_ «Comentario al artículo 828 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 366 – 376.

\_\_\_ «Comentario al artículo 825 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 329 – 349.



\_\_\_ «Comentario al artículo 1056 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, (dir.) M. Albaladejo García, volumen 2, Ed. Edersa, Madrid, 1989, págs. 123 – 170.

\_\_\_ *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo X, volumen 1, Arts. 744 a 783 del Código Civil*, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Revista de Derecho Privado, 1987.

\_\_\_ «Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1.056 y del art. 863 del Código Civil», en *R.G.D.*, 1946, págs. 673 – 676.

\_\_\_ «Nuevos supuestos de pago en dinero de las legítimas después de la Reforma de 13 de mayo de 1981», en *R.A.J.L.*, Anales, núm. 11, 1983, págs. 113 – 124.

\_\_\_ «Comentario al artículo 841 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dir.) M. Albaladejo García, tomo XI, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 489 – 500.

\_\_\_ «Comentario a los artículos 842, 843 y 844 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 501 – 508.

\_\_\_ «Comentario al artículos 845 y 846 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 509 – 513.

\_\_\_ «Comentario al artículo 847 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 513 – 516.

\_\_\_ «Comentario al artículo 819 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 275 – 294.

\_\_\_ «Comentario al artículo 818 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 234 – 274.

\_\_\_ «Comentario al artículo 822 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 308 – 311.

\_\_\_ «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 403 - 428.

\_\_\_ «Comentario al artículo 832 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, 2ª edición, Madrid, 1982, págs. 429 - 435.

— «Artículos 1061 y 1062 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 1.035 a 1.087*, tomo XIV, vol. 2, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, Madrid, 1989, págs. 384 – 410.

— «La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible», en *A.D.C.*, fascículo 3, 1962, págs. 589 – 615.

— «Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima», en *A.D.C.*, fascículo 2, 1963, págs. 281 – 344.

— «La mejora tácita: hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición», *A.A.M.N.*, Tomo 8, 1954, págs. 5 -140.

**VALVERDE y VALVERDE, C.**, *Tratado de Derecho civil español*, Tomo V, Ed. Talleres Tipográficos «Cuesta», 4ª edición, Valladolid, 1939.

— «El Estado y las sucesiones», en *R.G.L.J.*, Tomo 105, 1904, págs. 526 – 537.

**VAQUER ALOY, A.**, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», en *R.A.D.I.N.D.R.E.T.*, núm. 3, Julio - 2007, págs. 1 - 25.

— «La legítima en el Derecho Civil de Cataluña», en *Tratado de Legítimas*, (coord.) T. F. Torres García, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, págs. 471 – 515.

— «“Epígrafes I al XX” del Capítulo 47: la legítima en Cataluña», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Tomo II (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, (dir.) Mª del C. Gete Alonso y Calera y (coord.) J. Solé Resina, Ed. Aranzadi, S. A. U., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 545 – 599, esp. las págs. 545 – 586.

**VATTIER FUENZALIDA, C.**, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2012.

— «El pago en metálico de la legítima de los descendientes. Estudios de los artículos 841 y 844 del Código Civil», en *Estudio de Derecho Civil en Homenaje al Prof. J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ed. Universidad de Salamanca y Departamento de Derecho Civil, Salamanca, 1984, págs. 737 – 765.

**VICENTE DOMINGO, E.**, «Artículo 887 del CC», en *Código Civil Comentado*, (dirs.) A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Vol. II, Libro III, Ed. Aranzadi, S.A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 1088 – 1090.

**VILLARES PICÓ, M.**, «Cuestiones sobre la mejora», en *R.C.D.I.*, núm. 36, Diciembre 1927, págs. 881 – 889.

**VV.AA.**, *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.

**VV.AA.**, *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, S. L., 3ª edición, Madrid, 2001.

VV.AA., «Exposición de motivos», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, (coord.) M. A. Parra Lucán, Mayo, 2017, págs. 12 - 25, [www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20CUARTO%20-%20tercer%20borrador%20\(mayo%202017\).pdf](http://www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20CUARTO%20-%20tercer%20borrador%20(mayo%202017).pdf), última consulta el 12 de julio de 2017.

\_\_\_ «Artículo 468-50», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, (coord.) M. A. Parra Lucán, Mayo, 2017, pág. 109.

**ZURILLA CARIÑANA, M<sup>a</sup>. A.**, «Comentario al artículo 829 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4<sup>a</sup> edición, Navarra, 2013, págs. 1156 - 1157.

\_\_\_ «Comentario al artículo 830 del Código Civil», «Comentario al artículo 829 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4<sup>a</sup> edición, Navarra, 2013, pág. 1157.

\_\_\_ «Comentario al artículo 831 del Código Civil», «Comentario al artículo 829 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4<sup>a</sup> edición, Navarra, 2013, págs. 1157 - 1161.

\_\_\_ «Tema VIII: El legado», en *Derecho de sucesiones: práctica jurídica*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez – Cano, Ed. Tecnos (Grupo ANAYA, S. A.), Madrid, 2009, págs. 391 - 413.

### **Leyes, Reglamentos y Otros**

BOC Núm. 44 de 5 de enero de 1978, **Anteproyecto de la Constitución.**

BOC Núm. 82 de 17 de abril de 1978, **Anteproyecto de la Constitución: Informe de la Ponencia.**

BOC Núm. 121 de 1 de julio de 1978, **Dictamen con Enmiendas de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas.**

BOC Núm. 135 de 24 de julio de 1978, **Texto del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados.**

BOC Núm. 157 de 6 de octubre de 1978, **Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado relativo al Proyecto de Constitución.**

BOC Núm. 170 de 28 de octubre de 1978, **Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre el Proyecto de Constitución.**

BOC Núm. 177 de 6 de noviembre de 1978, **Comunicaciones de la Presidencia del Congreso de los Diputados y de la del Senado, dando cuenta de la aprobación en una y otra Cámara del Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre el proyecto de Constitución.**

B.O.C.G., Congreso de los Diputados, **Proyecto de Ley**, I Legislatura, Serie A: Proyecto de Ley, núm. 71-I, de 14 de septiembre de 1979.

B.O.C.G., Congreso de los Diputados, **Aprobación por el Congreso**, I Legislatura, Sección A: Proyecto de Ley, Núm. 71 - III, 31 de diciembre de 1980.

B.O.C.G., Senado, **Texto Remitido por el Congreso de los Diputados**, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (a), 2 de febrero de 1981.

B.O.C.G., Congreso de los Diputados, **Dictamen de la Comisión y Enmiendas**, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 71 – II, 1 de diciembre de 1980.

B.O.C.G., Senado, **Enmiendas**, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (c), 24 de febrero de 1981.

B.O.C.G., Senado, **Informe de la Ponencia**, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (d), 24 de marzo de 1981.

B.O.C.G., Senado, **Dictamen de la Comisión**, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (e), 27 de marzo de 1981.

B.O.C.G., Senado, **Enmiendas Aprobadas por el Senado**, I Legislatura, Serie II: Proyectos y Propositiones de Ley Remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (f), 8 de abril de 1981.

B.O.C.G., Congreso de los Diputados, **Aprobación Definitiva por el Congreso**, I Legislatura, Serie A: Proyecto de Ley, núm. 71-IV, del 8 de mayo de 1981.

B.O.C.G., Congreso de los Diputados, **Informe de la Ponencia**, I Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 71 – I (3), 22 de mayo de 1980.

**CÓDIGO CIVIL de ESPAÑA**, Real Decreto de 24 de julio de 1889, BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889, última modificación el 29 de junio de 2017.

**CONSTITUCIÓN de ESPAÑA de 27 de diciembre de 1978**, BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, última revisión de 27 de septiembre de 2011.

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA**, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, [www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm](http://www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm), última consulta el 20 de octubre de 2017.

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA de 1837**, [www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm](http://www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm), última consulta el 20 de octubre de 2017.

**CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA de 1845**, [www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm](http://www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm), última consulta el 20 de octubre de 2017.

**CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA DE LA NACIÓN ESPAÑOLA**, promulgada el 6 de junio de 1869, [www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm](http://www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm), última consulta el 20 de octubre de 2017.

**CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA** de 30 de junio de 1876, [www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm](http://www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm), última consulta el 20 de octubre de 2017

**CONSTITUCIÓN** de 9 de diciembre de 1931, [www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm](http://www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm), última consulta el 20 de octubre de 2017.

**CONVENCIÓN CONSTITUYENTE DE PUERTO RICO**, Diario de Sesiones, publicado por virtud de la Resolución Conjunta Núm. 102 de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico de 26 de junio de 1959, Gobierno de Puerto Rico, Febrero – 1961, reimpresión por Equity Publishing Corp., Oxford: New Hampshire, 2014, págs. 1 – 3255.

**CONVENCIÓN CONSTITUYENTE DE PUERTO RICO**, Informe de la Comisión de Carta de Derechos (contiene, además, una relación de informes, estudios y documentos considerados, así como transcripciones de los testimonios ofrecidos ante la Comisión de Carta de Derechos), Capitolio, San Juan, Puerto Rico, 1951, págs. 1 – 435.

**CRIOLLO OQUERO, A.**, «Breve Historia del Código Civil de Puerto Rico», en CB Español Digital, 22 de noviembre de 2016, [cb.pr/breve-historia-del-codigo-civil-de-puerto-rico/](http://cb.pr/breve-historia-del-codigo-civil-de-puerto-rico/), última consulta el 12 de julio de 2017.

**DECRETO** de 9 de marzo de 1938, aprobando el **FUERO DEL TRABAJO**, BOE núm. 505, de 10 de marzo de 1938, [www.e-torredebabel.com/leyes/constituciones/fuero-del-trabajo-1938.htm](http://www.e-torredebabel.com/leyes/constituciones/fuero-del-trabajo-1938.htm), última consulta el 21 de octubre de 2017.

Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el **REGLAMENTO DE LA ORGANIZACIÓN Y RÉGIMEN DEL NOTARIADO**, BOE núm. 189, de 7 de julio de 1944, última actualización el 7 de noviembre de 2015, última consulta el 5 de noviembre de 2018.

**DECRETO** 118/1973, de 12 de enero de 1973, por el que se aprueba el texto de la **LEY de REFORMA y DESARROLLO AGRARIO**, BOE núm. 30 de 3 de febrero de 1973, última modificación de 24 de diciembre de 2002.

**DECRETO LEGISLATIVO** 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el «**CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN**», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, BOA núm. 63, de 29 de marzo de 2011.

**DECRETO LEGISLATIVO** 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la **COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE LAS ISLAS BALEARES**.

**DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS**, Sesión Plenaria Núm. 163, 28 de abril de 1981, págs. 10015 – 10017.

**DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE DIPUTADOS**, Núm. 130, Sesión Plenaria Núm. 62, de 31 de octubre de 1978.

**DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Núm. 68**, Sesión Plenaria Núm. 42, de 31 de octubre de 1978.

**DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Sesión Plenaria Núm. 140**, 18 de diciembre de 1980.

**FUERO DE LOS ESPAÑOLES**, BOE núm. 199 de 18 de julio de 1945, modificado por la Ley Orgánica del Estado núm. 1 de 10 de enero de 1967, BOE núm. 9 de 11 de enero de 1967, aprobándose los textos refundidos de las Leyes Fundamentales del Reino a través del Decreto 779 de 20 de abril de 1967, BOE núm. 95 de 21 de abril de 1967.

«**FUERO JUZGO**», Ley I, Tít. V, Lib. IV, en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, *op. cit.*, págs. 7 – 127.

«**FUERO VIEJO DE CASTILLA**», Ley IV, Tít. 2, Lib. V, en *Colección de Códigos y Leyes de España*, Tomo I, E. Pinel y A. Aguilera y Velasco (dirs.), Ed. Imprenta a cargo de Francisco Roig, Madrid, 1865, págs. 129 - 195.

**INFORME POSITIVO SOBRE EL P. DEL S. 1710** de 28 de diciembre de 2016, suscrito por la Comisión de lo Jurídico, Seguridad y Veteranos.

**INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA**, «Censos de Población y Viviendas 2011», en *Notas de Prensa*, 14 de diciembre de 2012, págs. 1 – 21, [www. ine.es/prensa/np756.pdf](http://www.ine.es/prensa/np756.pdf), última consulta el 19 de diciembre de 2017.

— «Proyecciones de Población 2016-2066», en *Notas de Prensa*, 20 de octubre de 2016, págs. 3 – 4 y 7 - 8, [www. ine.es/prensa/np994.pdf](http://www.ine.es/prensa/np994.pdf), última consulta el 19 de diciembre de 2017.

**LEY FUNDAMENTAL** de 17 de mayo de 1958, por la que se promulgan los **PRINCIPIOS DEL MOVIMIENTO NACIONAL**, BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1958, [www.e-torredebabel.com/leyes/constituciones/ley-principios-movimiento-nacional.htm](http://www.e-torredebabel.com/leyes/constituciones/ley-principios-movimiento-nacional.htm), última consulta el 21 de octubre de 2017.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de **ENJUICIAMIENTO CIVIL**, BOE núm. 7 de 8 de enero de 2000, última revisión del 4 de noviembre de 2017.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de **DERECHO CIVIL DE GALICIA**, DOG núm. 124, de 29 de junio de 2006, BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2006, última modificación el 23 de julio de 2012.

Ley 5/2015, de 25 de junio, de **DERECHO CIVIL VASCO (LDCV)**, BOPV núm. 124 de 3 de julio de 2015, BOE núm. 176 de 24 de julio de 2015, última revisión del 3 de octubre de 2015.

Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del **CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA**, relativo a las **SUCESIONES**.

Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la **COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA**, BOE de 7 de marzo de 1973, corrección de errores en el

BOE de 30 de mayo de 1974, Modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, BOE núm. 134, de 5 de junio de 1987, última revisión del 15 de julio de.

Ley 7/2003, de 1 de abril, de la **SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA** por la que se Modificó la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, BOE núm. 79 de 2 de abril de 2003.

Ley 15/2015, 2 de julio, de la **JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**, BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015. Se corrigieron errores a través del BOE núm. 210 de 2 de septiembre de 2015. Fue modificada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, BOE núm. 154 de 29 de junio de 2017. Revisión vigente desde el 30 de junio de 2017.

Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de **PROTECCIÓN PATRIMONIAL** de las **PERSONAS** con **DISCAPACIDAD** y de **MODIFICACIÓN** del **CÓDIGO CIVIL**, de la **LEY** de **ENJUICIAMIENTO CIVIL** y de la **NORMATIVA TRIBUTARIA** con esta Finalidad, BOE núm. 277 de 19 de noviembre de 2003, Revisión vigente desde el 23 de julio de 2015. Este estatuto fue modificado por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2009. También, fue reformado por la Ley 15/2015, 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015.

Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre **EMPLEO PÚBLICO DE DISCAPACITADOS**, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **ARBITRAJE**, BOE núm. 309 de 26 de diciembre de 2003, última modificación el 6 de octubre de 2015.

Ley 19/1995, de 4 de julio, de **MODERNIZACIÓN** de **EXPLOTACIONES AGRÍCOLAS**, BOE núm. 159 de 5 de julio de 1995, última modificación el 5 de octubre de 2011.

Ley 39/2006, de 15 de diciembre, de **PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA**, BOE núm. 299 de 15 de diciembre de 2006.

**LEY ORGÁNICA** 7/2015, de 21 de julio, **POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA** 6/1985, de 1 de julio, **DEL PODER JUDICIAL**, BOE núm. 174, Sección I, de 22 de julio de 2015.

**LEY ORGÁNICA** 1/2015, de 30 de marzo, **POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA** 10/1995, de 23 de noviembre, **DEL CÓDIGO PENAL**, BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2015.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, **DE ADAPTACIÓN NORMATIVA A LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011, última modificación el 31 de octubre de 2015.

**LEY ORGÁNICA** 6/1985, de 1 de julio, **DEL PODER JUDICIAL**, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985, última modificación el 28 de octubre de 2015.

**LEY DEL NOTARIADO** de 28 de mayo de 1862, BOE núm. 149, 29 de mayo de 1862, última modificación el 3 de julio de 2015.

**LEY DE BASES DE 11 DE MAYO DE 1888**, por la que se autoriza al gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma, BOE-A-1888-3236, Gaceta de Madrid núm. 143, de 22 de mayo de 1888, <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1888/143/A00565-00567.pdf>, última consulta el 24 de octubre de 2018, págs. 565 – 567.

**LEY HIPOTECARIA de ESPAÑA**, Decreto de 8 de febrero de 1946, BOE núms. 58 y 59 de 27 y 28 de febrero de 1946, corrección de errores en BOE núm. 73 de 14 de marzo de 1946, última modificación el 6 de octubre de 2015.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, **SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**, BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006, última modificación el 14 de julio de 2015.

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, **DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y DE MODIFICACIÓN PARCIAL DE LAS LEYES DE LOS IMPUESTOS SOBRE SOCIEDADES, SOBRE LA RENTA DE NO RESIDENTES Y SOBRE EL PATRIMONIO**, BOE núm. 285, 29 de noviembre de 2006, última modificación el 4 de julio de 2018.

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de **ARRENDAMIENTOS URBANOS**, BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994, última modificación el 31 de marzo de 2015.

Ley 15/1995, de 30 de mayo, **SOBRE LÍMITES DEL DOMINIO SOBRE INMUEBLES PARA ELIMINAR BARRERAS ARQUITECTÓNICA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, BOE núm. 129, de 31 de mayo de 1995.

Ley 49/1960, de 21 de julio, **SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL**, BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960, última modificación el 6 de octubre de 2015.

Ley 10/2003, de 26 de diciembre, **SOBRE EL ACCESO AL ENTORNO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ACOMPAÑADAS DE PERROS DE ASISTENCIA**, DOG núm. 253, de 31 de diciembre de 2003, BOE núm. 25, de 29 de enero de 2004.

Ley 10/2008, de 10 de julio, del **LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, RELATIVO A LAS SUCESIONES**, DOGC núm. 5175, de 17 de julio de 2008, BOE núm. 190, de 7 de agosto de 2008.

Ley 11/1981 de 13 de mayo, de **MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE FILIACIÓN, PATRIA POTESTAD Y RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO**, BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

**LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES CONCORDADOS Y ANOTADOS**, Tomo I, Ed. Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1847.



**LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES CONCORDADOS Y ANOTADOS**, Tomo IX, Ed. Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1850.

**MÉNDEZ MIRÓ, G.**, «Un Nuevo Código Civil para Puerto Rico», en el Periódico El Nuevo Día, 30 de noviembre de 2016, [www.elnuevodia.com/opinion/columnas/unnuevocodigocivilparapuertorico-columna-2267400/](http://www.elnuevodia.com/opinion/columnas/unnuevocodigocivilparapuertorico-columna-2267400/), última consulta el 12 de julio de 2017.

**NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA**, Tomo V, Libros X, XI y XII, fama2.us.es/fde/ocr/2006/novisimaRecopilacionT5.pdf.

**NUÑEZ JAIME, V.**, «El País más Envejecido del Mundo: España es el País con más Población mayor de 60 años. ¿Está Preparada para Afrontar el Reto?», en Periódico El País, 3 de marzo de 2015, [www.politica.elpais.com/politica/2015/03/10/actualidad/1426004341\\_312247.html](http://www.politica.elpais.com/politica/2015/03/10/actualidad/1426004341_312247.html), última consulta el 19 de diciembre de 2017.

**ORDENANZAS REALES DE CASTILLA, Recopiladas y Compuestas por el Doctor Alphonso Díaz de Montalvo**, en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo VI, Ed. Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1849.

**P. DEL S. 1710** de 25 de junio de 2016, para adoptar el «**CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO**», establecer su estructura, delimitar su alcance, disponer su vigencia, derogar el Código Civil de Puerto Rico de 1930, y para otros fines relacionados.

**REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, Diccionario Panhispánico de Dudas, 1ª edición, Octubre – 2005, [www.lema.rae.es/dpd/?key=disyuntiva](http://www.lema.rae.es/dpd/?key=disyuntiva).

**REAL ACADEMIA DE HISTORIA**, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio: Cotejadas con varios Codices Antiguos, Tomo II: Partidas Segunda y Tercera*, Ed. Imprenta Real, Madrid, 1807, <https://babel.hathitrust.org>, [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), última consulta el 21 de octubre de 2018.

**REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2013**, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, última modificación el 9 de noviembre de 2017.

**REAL DECRETO 1364**, de 27 de septiembre de 2012, por el que se regula el reconocimiento de las Organizaciones de Productores de Leche y de las Organizaciones Interprofesionales en el Sector Lácteo y se establecen sus Condiciones de Contratación, BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2012.

**REAL DECRETO 290/2004**, de 20 de febrero, por el que se regulan los Enclaves Laborales como Medida de Fomento del Empleo de las Personas con Discapacidad, BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2004.

**REGLAMENTO HIPOTECARIO de ESPAÑA**, Decreto de 14 de febrero de 1947, BOE núm. 106 de 16 de abril de 1947, corrección de erratas en BOE núm. 143 de 23 de mayo de 1947, última modificación el 4 de marzo de 2017.

**VV.AA.**, *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, (coord.) M. A. Parra Lucán, Mayo, 2017, [www.derehocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20CUARTO%20-%20tercer%20borrador%20\(mayo%202017\).pdf](http://www.derehocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20CUARTO%20-%20tercer%20borrador%20(mayo%202017).pdf), última consulta el 12 de julio de 2017.

31 L.P.R.A. (**LEYES DE PUERTO RICO ANOTADAS**) sec. 2375, 2875, 2396 (2016).

31 L.P.R.A. (**LEYES DE PUERTO RICO ANOTADAS**) sec. 2309, 2363, 2367 (2017).



**JURISPRUDENCIA Y**

**RESOLUCIONES DE LA DGRN**

## **I. Sentencias del Tribunal Supremo de España**

1. STS núm. 59 de 30 de enero de 2015, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2015/639).
2. STS núm. 502 de 2 de octubre de 2014, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2014/4714).
3. STS núm. 254 de 3 de septiembre de 2014, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2014/4795).
4. STS núm. 323 de 6 de junio de 2014, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2014/3127).
5. STS núm. 258 de 3 de junio de 2014, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2014/3900).
6. STS núm. 717 de 21 de abril de 2014, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2015/1913).
7. STS núm. 740 de 5 de diciembre de 2013, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2013/7640).
8. STS núm. 536 de 29 de julio de 2013, Sala Civil, (RJ 2013/6395).
9. STS núm. 838 de 10 de junio de 2013, Sala Civil, Sección Pleno, (RJ 2015/6242).
10. STS núm. 280 de 6 de mayo de 2013, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2013/8072).
11. STS núm. 148 de 8 de marzo de 2013, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2013/2171).
12. STS núm. 79 de 1 de marzo de 2013, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2013/7414).
13. STS núm. 624 de 30 de octubre de 2012, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2013/2274).
14. STS núm. 604 de 22 de octubre de 2012, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2012/10413).
15. STS núm. 524 de 18 de julio de 2012, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2012/8364).
16. STS núm. 340 de 31 de mayo de 2012, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2012/6550).
17. STS núm. 30 de 26 de enero de 2012, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2012/1904).
18. STS núm. 863 de 21 de noviembre de 2011, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2012/1635).
19. STS núm. 320 de 12 de mayo de 2011, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2011/3280).
20. STS núm. 222 de 11 de abril de 2011, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2011/3445).
21. STS núm. 783 de 9 de diciembre de 2010, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2011/1415).
22. STS núm. 608 de 21 de octubre de 2010, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2010/8867).
23. STS núm. 613 de 8 de octubre de 2010, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2010/7449).
24. STS núm. 327 de 22 de junio de 2010, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2010/4900).

25. STS núm. 339 de 27 de mayo de 2010, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2010/5158).
26. STS núm. 115 de 18 de marzo de 2010, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2010/2409).
27. STS núm. 835 de 15 de diciembre de 2009, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2010/287).
28. STS núm. 469 de 30 de junio de 2009, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2009/4246).
29. STS núm. 395 de 22 de mayo de 2009, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2009/3038).
30. STS núm. 133 de 3 de marzo de 2009, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2009/1625).
31. STS núm. 1042 de 7 de noviembre de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/7696).
32. STS núm. 1014 de 4 de noviembre de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/5891).
33. STS núm. 668 de 14 de julio de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/3361).
34. STS núm. 540 de 12 de junio de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/4688).
35. STS núm. 31 de 29 de enero de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/229).
36. STS núm. 29 de 24 de enero de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/306).
37. STS núm. 2 de 16 de enero de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/5).
38. STS núm. 1204 de 20 de noviembre de 2007, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2007/8118).
39. STS núm. 607 de 15 de junio de 2007, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2007/5122).
40. STS núm. 354 de 16 de marzo de 2007, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2007/1861).
41. STS núm. 1093 de 7 de noviembre de 2006, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/9165).
42. STS núm. 641 de 15 de junio de 2006, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/3538).
43. STS núm. 642 de 12 de junio de 2006, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/3364).
44. STS núm. 502 de 29 de mayo de 2006, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/3343).
45. STS núm. 129 de 23 de febrero de 2006, Sala Civil, Sección 1, (RJ 2006/909).
46. STS núm. 124 de 22 de febrero de 2006, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/900).
47. STS núm. 954 de 14 de diciembre de 2005, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/300).
48. STS núm. 750 de 21 de octubre de 2005, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2005/7707).
49. STS núm. 695 de 28 de septiembre de 2005, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2005/7154).

50. STS núm. 38 de 3 de febrero de 2005, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2005/913).
51. STS núm. 419 de 28 de mayo de 2004, Sala Civil, (RJ 2004/3252).
52. STS núm. 212 de 12 de marzo de 2004, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2004/3166).
53. STS núm. 166 de 12 de marzo de 2004, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2004/932).
54. STS núm. 1262 de 31 de diciembre de 2003, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2004/365).
55. STS núm. 1169 de 15 de diciembre de 2003, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2004/74).
56. STS núm. 801 de 28 de julio de 2003, Sala Civil, Sección Única, (RJ 2003/6961).
57. STS núm. 715 de 10 de julio de 2003, Sala Civil, Sección Única, (RJ 2003/4628).
58. STS núm. 397 de 21 de abril de 2003, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2003/3719).
59. STS núm. 984 de 23 de octubre de 2002, Sala Civil, (RJ 2002/9481).
60. STS núm. 669 de 28 de junio de 2002, Sala Civil, (RJ 2002/5507).
61. STS núm. 469 de 20 de mayo de 2002, Sala Civil, (RJ 2002/4449).
62. STS núm. 171 de 28 de febrero de 2002, Sala Civil, (RJ 2002/4148).
63. STS núm. 124 de 12 de febrero de 2002, Sala Civil, (RJ 2002/3191).
64. STS núm. 63 de 6 de febrero de 2002, Sala Civil, (RJ 2002/993).
65. STS núm. 1132 de 3 de diciembre de 2001, Sala Civil, (RJ 2001/9925).
66. STS núm. 808 de 26 de julio de 2001, Sala Civil, (RJ 2001/8427).
67. STS núm. 305 de 29 de marzo de 2001, Sala Civil, (RJ 2001/4773).
68. STS núm. 955 de 25 de octubre de 2000, Sala Civil, (RJ 2000/8549).
69. STS núm. 883 de 6 de octubre de 2000, Sala Civil, (RJ 2000/7543).
70. STS núm. 493 de 19 de mayo de 2000, Sala Civil, (RJ 2000/3583).
71. STS núm. 465 de 11 de mayo de 2000, Sala Civil, (RJ 2000/3926).
72. STS núm. 143 de 23 de febrero de 1999, Sala Civil, (RJ 1999/1851).
73. STS núm. 1186 de 21 de diciembre de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/9756).
74. STS núm. 856 de 28 de septiembre de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/7290).
75. STS núm. 805 de 7 de septiembre de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/6395).

76. STS núm. 602 de 23 de junio de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/4745).
77. STS núm. 371 de 17 de abril de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/2983).
78. STS núm. 277 de 27 de marzo de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/1853).
79. STS núm. 338 de 26 de abril de 1997, Sala Civil, (RJ 1997/3542).
80. STS núm. 323 de 21 de abril de 1997, Sala Civil, (RJ 1997/3248).
81. STS núm. 61 de 10 de febrero de 1997, Sala Civil, (RJ 1997/667).
82. STS núm. 961 de 22 de noviembre de 1996, Sala Civil, (RJ 1996/8285).
83. STS núm. 887 de 15 de noviembre de 1996, Sala Civil, (RJ 1996/8212).
84. STS núm. 636 de 25 de julio de 1996, Sala Civil, (RJ 1996/5572).
85. STS núm. 585 de 13 de julio de 1996, Sala Civil, (RJ 1996/5584).
86. STS núm. 696 de 8 de julio de 1995, Sala Civil, Sección 1<sup>ra</sup>, (RJ 1995/11454).
87. STS núm. 562 de 9 de junio de 1995, Sala Civil, (RJ 1995/4912).
88. STS núm. 292 de 3 de abril de 1995, Sala Civil, (RJ 1995/2929).
89. STS núm. 773 de 22 de julio de 1994, Sala Civil, (RJ 1994/6578).
90. STS núm. 580 de 13 de junio de 1994, Sala Civil (RJ 1994/6507).
91. STS núm. 160 de 28 de febrero de 1994, Sala Civil, (RJ 1999/1895).
92. STS núm. 191 de 9 de marzo de 1993, Sala Civil, (RJ 1993/2053).
93. STS de 17 de diciembre de 1992, Sala Civil, (RJ 1992/10696).
94. STS de 22 de noviembre de 1991, Sala Civil, (RJ 1991/8477).
95. STS de 4 de junio de 1991, Sala Civil, (RJ 1991/4418).
96. STS de 29 de mayo de 1991, Sala Civil, (RJ 1991/3943).
97. STS de 18 de marzo de 1991, Sala Civil, (RJ 1991/2264).
98. STS núm. 3362 de 11 de enero de 1991, Sala Contencioso – Administrativo, Sección 2<sup>a</sup>, (RJ 1996/4271).
99. STS de 21 de abril de 1990, Sala Civil, (RJ 1990/2762).
100. STS de 3 de noviembre de 1989, Sala Civil, (RJ 1989/7847).



101. STS de 8 de mayo de 1989, Sala Civil, (RJ 1989/3673).
102. STS de 17 de marzo de 1989, Sala Civil, (RJ 1989/2161).
103. STS de 13 de marzo de 1989, Sala Civil, (RJ 1989/2039).
104. STS de 8 de marzo de 1989, Sala Civil, (RJ 1989/2023).
105. STS de 7 de diciembre de 1988, Sala Civil, (RJ 1988/9301).
106. STS de 28 de abril de 1988, Sala Civil, (RJ 1988/3284).
107. STS de 15 de febrero de 1988, Sala Civil, (RJ 1988/1987).
108. STS de 9 de junio de 1987, Sala Civil, (RJ 1987/4049).
109. STS de 21 de julio de 1986, Sala Civil, (RJ 1986/4575).
110. STS de 20 de junio de 1986, Sala Civil, (RJ 1986/4558).
111. STS de 28 de mayo de 1986, Sala Civil, (RJ 1986/2832).
112. STS de 24 de febrero de 1986, Sala Civil, (RJ 1986/935).
113. STS de 1 de julio de 1985, Sala Civil, (RJ 1985/3631).
114. STS de 7 de marzo de 1985, Sala Civil, (RJ 1985/1110).
115. STS de 18 de mayo de 1983, Sala Civil, (RJ 1983/2846).
116. STS de 25 de abril de 1983, Sala Civil, (RJ 1983/2122).
117. STS de 4 de febrero de 1983, Sala Civil, (RJ 1983/803).
118. STS de 19 de julio de 1982, Sala Civil, (RJ 1982/4256).
119. STS de 18 de junio de 1982, Sala Civil, (RJ 1982/3432).
120. STS núm. 297 de 18 de junio de 1982, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 1982/51).
121. STS de 27 de mayo de 1982, Sala Civil, (RJ 1982/2605).
122. STS de 17 de junio de 1980, Sala Civil, (RJ 1980/3077).
123. STS de 31 de enero de 1980, Sala Civil, (RJ 1980/176).
124. STS de 31 de mayo de 1980, Sala Civil, (RJ 1980/2724).
125. STS de 4 de noviembre de 1975, Sala Civil, (RJ 1975/3829).

126. STS de 13 de diciembre de 1974, Sala Civil, (RJ 1974/4677).
127. STS de 26 de noviembre de 1974, Sala Civil, (RJ 1974/4490).
128. STS de 25 de mayo de 1971, Sala Civil, (ROJ 1214/1971).
129. STS de 31 de marzo de 1970, Sala Civil, (RJ 1970/1854).
130. STS de 22 de enero de 1969, Sala Civil, (RJ 1969/199).
131. STS de 5 de julio de 1966, Sala Civil, (RJ 1966/3671).
132. STS de 30 de noviembre de 1964, Sala Civil, (RJ 1964/5552).
133. STS de 3 de marzo de 1964, Sala Civil, (RJ 1964/1254).
134. STS de 24 de enero de 1963, Sala Civil, (RJ 1963/518).
135. STS de 9 de marzo de 1961, Sala Civil, (RJ 1961/945).
136. STS de 7 de enero de 1959, Sala Civil, (RJ 1959/119).
137. STS de 21 de noviembre de 1956, Sala Civil, (1956/3830).
138. STS de 12 de junio de 1956, Sala Civil, (RJ 1956/2484).
139. STS de 13 de abril de 1956, Sala Civil, (RJ 1956/1930).
140. STS de 25 de octubre de 1954, Sala Civil, (RJ 1954/2862).
141. STS de 6 de abril de 1954, Sala Civil, (RJ 1954/1551).
142. STS de 1 de diciembre de 1951, Sala Civil, (RJ 1951/2617).
143. STS de 26 de junio de 1951, Sala Civil, (RJ 1951/1670).
144. STS de 19 de mayo de 1951, Sala Civil, (RJ 1951/1618).
145. STS de 20 de abril de 1951, Sala Civil, (RJ 1951/1018).
146. STS de 11 de enero de 1950, Sala Civil, (RJ 1950/21).
147. STS de 29 de octubre de 1949, Sala Civil, (RJ 1949/1240).
148. STS de 13 de noviembre de 1948, Sala Civil, (RJ 1948/1270).
149. STS de 22 de junio de 1948, Sala Civil, (RJ 1948/1107).
150. STS de 6 de marzo de 1945, Sala Civil, (RJ 1945/272).
151. STS de 6 de marzo de 1944, Sala Civil, (RJ 1944/303).

- 152. STS de 10 de junio de 1941, Sala Civil, (RJ 1941/745).
- 153. STS de 9 de julio de 1940, Sala Civil, (RJ 1940/693).
- 154. STS de 23 de junio de 1940, Sala Civil, (RJ 1940/530).
- 155. STS de 2 de marzo de 1935, Sala Civil, (RJ 1935/603).

## **II. Resoluciones de la DGRN**

- 156. RDGRN núm. 6126 de 5 de abril de 2019, (RJ 2019/1466).
- 157. RDGRN núm. 17474 de 29 de noviembre de 2018, (RJ 2018/5475).
- 158. RDGRN núm. 10164 de 5 de julio de 2018, (RJ 2018/4094).
- 159. RDGRN núm. 3264 de 22 de febrero de 2018, (RJ 2018/802).
- 160. RDGRN núm. 2000 de 1 de febrero de 2018, (RJ 2018/502).
- 161. RDGRN núm. 1022 de 11 de enero de 2018, (RJ 2018/49).
- 162. RDGRN núm. 13148 de 23 de octubre de 2017, (RJ 2017/5850).
- 163. RDGRN núm. 11848 de 22 de septiembre de 2017, (RJ 2017/4387).
- 164. RDGRN núm. 8588 de 20 de junio de 2017, (RJ 2017/3762).
- 165. RDGRN núm. 7785 de 9 de junio de 2017, (RJ 2017/3129).
- 166. RDGRN núm. 4280 de 4 de abril de 2017, (RJ 2017/1406).
- 167. RDGRN núm. 3711 de 16 de marzo de 2017, (RJ 2017/1384).
- 168. RDGRN núm. 3105 de 9 de marzo de 2017, (RJ 2017/997).
- 169. RDGRN núm. 2587 de 20 de febrero de 2017, (RJ 2017/3391).
- 170. RDGRN núm. 8561 de 18 de julio de 2016, (RJ 2016/4601).
- 171. RDGRN núm. 7818 de 5 de julio de 2016, (RJ 2016/4254).
- 172. RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, (RJ 2016/3227).
- 173. RDGRN núm. 4015 de 5 de abril de 2016, (RJ 2016/3226).
- 174. RDGRN núm. 3513 de 28 de marzo de 2016, (RJ 2016/1275).
- 175. RDGRN núm. 3303 de 4 de marzo de 2016, (RJ 2016/1261).

176. RDGRN núm. 11955 de 16 de octubre de 2015, (RJ 2015/6490).
177. RDGRN núm. 11614 de 5 de octubre de 2015, (RJ 2015/6549).
178. RDGRN núm. 11038 de 21 de septiembre de 2015, (RJ 2015/4620).
179. RDGRN núm. 10274 de 20 de julio de 2015, (RJ 2015/4238).
180. RDGRN núm. 10265 de 16 de julio de 2015, (RJ 2015/4046).
181. RDGRN núm. 10165 de 13 de julio de 2015, (RJ 2015/4038).
182. RDGRN núm. 9066 de 22 de junio de 2015, (RJ 2015/3734).
183. RDGRN núm. 8504 de 9 de junio de 2015, (RJ 2015/3621).
184. RDGRN núm. 3014 de 3 de marzo de 2015, (RJ 2015/5556).
185. RDGRN núm. 578 de 29 de diciembre de 2014, (RJ 2015/154)
186. RDGRN núm. 11520 de 26 de septiembre de 2014, (RJ 2014/5496).
187. RDGRN núm. 10272 de 15 de septiembre de 2014, (RJ 2014/4742).
188. RDGRN núm. 8307 de 4 de julio de 2014, (RJ 2014/ 4479).
189. RDGRN núm. 8090 de 16 de junio de 2014, (RJ 2014/4179).
190. RDGRN núm. 8085 de 12 de junio de 2014, (RJ 2014/ 4616).
191. RDGRN núm. 1193 de 8 de enero de 2014, (RJ 2014/1542).
192. RDGRN núm. 8159 de 18 de junio de 2013, (RJ 2013/6663).
193. RDGRN núm. 7638 de 13 de junio de 2013, (RJ 2013/5440).
194. RDGRN núm. 2142 de 29 de enero de 2013, (RJ 2013/1803).
195. RDGRN núm. 558 de 10 de diciembre de 2012, (RJ 2013/714).
196. RDGRN núm. 12449 de 1 de agosto 2012, (RJ 2012/10381).
197. RDGRN núm. 6119 de 6 de marzo de 2012, (RJ 2012/6149).
198. RDGRN de 31 de mayo de 2011, (RJ 2011/5827).
199. RDGRN de 9 de diciembre de 2010, (RJ 2011/554).
200. RDGRN de 14 de septiembre de 2009, (RJ 2009/4701).

201. RDGRN de 13 de abril de 2009, (RJ 2009/1870).
202. RDGRN de 9 de marzo de 2009, (RJ 2009/1861).
203. RDGRN de 24 de octubre de 2008, (RJ 2009/641).
204. RDGRN de 17 de octubre de 2008, (RJ 2009/637).
205. RDGRN de 16 de septiembre de 2008, (RJ 2009/516).
206. RDGRN de 25 de febrero de 2008, (RJ 2008/2791).
207. RDGRN de 20 de julio de 2007, (RJ 2007/3805).
208. RDGRN de 13 de enero de 2006, (RJ 2006/645).
209. RDGRN de 1 de marzo de 2006. (RJ 2006/3919).
210. RDGRN de 14 de abril de 2005, (RJ 2005/5018).
211. RDGRN núm. 2 de 13 de octubre de 2005, (RJ 2005/7451).
212. RDGRN de 27 de octubre de 2004, (RJ 2004/7807).
213. RDGRN de 29 de marzo de 2004, (RJ 2004/2397).
214. RDGRN de 30 de enero de 2004, (RJ 2004/1797).
215. RDGRN de 2 de enero de 2004, (RJ 2004/712).
216. RDGRN de 20 de septiembre de 2003, (RJ 2003/6336).
217. RDGRN de 17 de septiembre de 2003, (RJ 2003/6279).
218. RDGRN de 26 de julio de 2003, (RJ 2003/6179).
219. RDGRN de 21 de junio de 2003, (RJ 2003/4651).
220. RDGRN de 13 de mayo de 2003, (RJ 2003/4477).
221. RDGRN de 19 de septiembre de 2002, (RJ 2002/9937).
222. RDGRN de 20 de octubre de 2001, (RJ 2002/4134).
223. RDGRN de 8 de mayo de 1999, (RJ 1999/3255).
224. RDGRN de 10 de noviembre de 1998, (RJ 1998/8492).
225. RDGRN de 4 de enero de 1994, (RJ 1994/232).
226. RDGRN de 21 de febrero de 1992, (RJ 1992/1533).

- 227. RDGRN de 21 de enero de 1991, (RJ 1991/592).
- 228. RDGRN de 20 de septiembre de 1988, (RJ 1988/7159).
- 229. RDGRN de 25 de septiembre de 1987, (RJ 1987/6574).
- 230. RDGRN de 27 de noviembre de 1986, (RJ 1986/6880).
- 231. RDGRN de 24 de mayo de 1983, (RJ 1983/6971).
- 232. RDGRN de 27 de diciembre de 1982, (RJ 1982/8065).
- 233. RDGRN de 27 de febrero de 1982, (RJ 1982/838).
- 234. RDGRN de 27 de marzo de 1981, (RJ 1981/1790).
- 235. RDGRN de 27 de marzo de 1981, (RJ/1981/1196).
- 236. RDGRN de 25 de mayo de 1971, (RJ 1971/3402).
- 237. RDGRN 2 de diciembre de 1964, (RJ 1964/5928).
- 238. RDGRN de 6 de abril de 1962, (RJ 1962/1712).
- 239. RDGRN de 19 de noviembre de 1952, (RJ 1952/2816).
- 240. RDGRN de 19 de mayo de 1947, (RJ 1947/1044).
- 241. RDGRN de 22 de febrero de 1943 (RJ 1943/265).
- 242. RDGRN de 24 de mayo de 1930 (RJ 1930/1831).

### **III. Sentencias de las Audiencias Provinciales**

- 243. SAP de Madrid, núm. 259, de 13 de julio de 2018, Sección 25ª, (JUR 2018/243815).
- 244. SAP de Madrid, núm. 118, de 16 de abril de 2018, Sección 14ª, (AC 2018/1234).
- 245. SAP de A Coruña, núm. 484, de 30 de diciembre de 2016, Sección 5ª, (AC 2017/184).
- 246. SAP de las Palmas, núm. 459, de 25 de noviembre de 2016, Sección 5ª, (JUR 2017/19745).
- 247. SAP de Alicante, núm. 261, de 10 de junio de 2016, Sección 9ª, (JUR 2016/245442).
- 248. SAP de Asturias, núm. 109, de 11 de abril de 2016, Sección 1ª, (AC 2016/875).

249. SAP de Badajoz, núm. 27, de 4 de febrero de 2016, Sección 3ª, (JUR 2016/39324).
250. SAP de Madrid, núm. 385, de 17 de septiembre de 2015, Sección 9ª, (JUR 2015/244737).
251. SAP de Vizcaya, núm. 43 de 5 de marzo de 2015, Sección 5ª, (JUR 2015/132275).
252. SAP de Alicante, núm. 519, de 7 de noviembre de 2014, Sección 9ª, (AC 2015/67).
253. SAP de Ourense, núm. 57, de 25 de febrero de 2014, Sección 1ª, (JUR 2014/71980).
254. SAP de Cáceres, núm. 344, de 19 de diciembre de 2013, Sección 1ª, (JUR 2014/19453).
255. SAP de las Palmas, núm. 386, de 11 de octubre de 2013, Sección 5ª, (JUR 2013/349995).
256. SAP de A Coruña, núm. 223, de 10 de julio de 2013, Sección 6ª, (AC 2013/1645).
257. SAP de Castellón, núm. 39 de 28 de mayo de 2013, Sección 1ª, (JUR 2013/266265).
258. SAP de Castellón, núm. 39, de 28 de mayo de 2013, Sección 1ª, (ROJ 430/2013).
259. SAP de Castellón, núm. 40, de 13 de abril de 2012, Sección 1ª, (AC 2012/1680).
260. SAP de Vizcaya, núm. 799, de 15 de noviembre de 2011, Sección 4ª, (JUR 2012/171718).
261. SAP de Madrid, núm. 461, de 26 de septiembre de 2011, Sección 9ª, (JUR 2011/388107).
262. SAP de Guipúzcoa, núm. 202, de 24 de junio de 2010, Sección 2ª, (JUR 2014/175832).
263. SAP de Asturias núm. 422 de 10 de diciembre de 2009, Sección 1ª, (AC 2010/691).
264. SAP de Valencia, núm. 28, de 23 de enero de 2009, Sección 11ª, (ROJ 191/2009).
265. SAP de Murcia, núm. 214, de 9 de octubre de 2007, Sección 4ª, (JUR 2008/59072).
266. SAP de las Palmas, núm. 145, de 30 de marzo de 2007, Sección 4ª, (JUR 2007/147837).
267. SAP de las Palmas, núm. 114, de 29 de marzo de 2007, Sección 5ª, (JUR 2007/147909).
268. SAP de Ourense de 5 de marzo de 2007, Sección 1ª, (JUR 2007/173745).
269. SAP de Burgos, núm. 64, de 7 de febrero de 2007, Sección 3ª, (JUR 2007/138732).
270. SAP de Madrid, núm. 498, de 14 de julio de 2005, Sección 14ª, (JUR 2005/201772).

271. SAP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 109 de 4 de abril de 2005, Sección 1ª, (JUR 2005/132614).
272. SAP de Burgos, núm. 131, de 11 de marzo de 2005, Sección 3ª, (JUR 2005/108265).
273. SAP de Madrid, núm. 1070, de 16 de noviembre de 2004, Sección 10<sup>ma</sup>, (ROJ 14612/2004).
274. SAP de A Coruña, núm. 60, de 23 de marzo de 2004, Sección 4ª, (AC 2004/1866).
275. SAP de Barcelona, núm. 69, de 10 de febrero de 2004, Sección 12<sup>va</sup>, (JUR 2004/92278).
276. SAP de Ourense de 6 de febrero de 2004, Sección 2ª, (AC 2004/223).
277. SAP de Álava, núm. 4, de 14 de enero de 2004, Sección 1ª, (JUR 2006/228524).
278. SAP de Barcelona, de 17 de septiembre de 2003, Sección 1ª, (AC 2003/1817).
279. SAP de Ourense, núm. 335, de 12 de diciembre de 2003, Sección 1ª, (AC 2004/266).
280. SAP de Asturias, núm. 7, de 10 de enero de 2003, Sección 5ª, (JUR 2003/39899).
281. SAP Badajoz, núm. 151, de 21 de junio de 2002, Sección 3ª, (JUR 2003/119305).
282. SAP de Madrid de 19 de enero de 2002, Sección 10ª, (JUR 2002/72785).
283. SAP de Asturias, núm. 455, de 27 de septiembre de 2001, Sección, 5ª, (AC 2001/1945).
284. SAP de Burgos, núm. 385, de 23 de julio de 2001, Sección 3<sup>ra</sup>, (ROJ 2001/1062).
285. SAP de Ourense de 22 de junio de 2001, Sección 2ª, (AC 2001/1377).
286. SAP de Barcelona de 26 de enero de 2001, Sección 11<sup>va</sup>, (JUR 2001/145932).
287. SAP de Córdoba, núm. 298, de 21 de noviembre de 2000, Sección 3ª, (AC 2000/2252).
288. SAP de Madrid de 24 de julio de 2000, Sección 11<sup>va</sup>, (JUR 2000/277500).
289. SAP de Madrid de 3 de julio de 2000, Sección 11<sup>va</sup>, (JUR 2000/277431).
290. SAP de Zaragoza, núm. 283, de 19 de abril de 2000, Sección 5ª, (AC 2000/3180).
291. SAP de Valencia, núm. 178, de 18 de abril de 2000, Sección 7ª, (AC 2000/1203).
292. SAP de Toledo, núm. 429, de 22 de noviembre de 1999, Sección 1ª., (AC 1999/2320).



293. SAP de Asturias, núm. 299, de 11 de junio de 1998, Sección 5ª, (AC 1998/1297).
294. SAP de Sevilla de 6 de junio de 1997, Sección 5ª, (AC 1997/2486).
295. SAP de Lugo de 8 de julio de 1994, (AC 1994/1195).
296. SAP de Navarra de 31 de julio de 1993, (AC 1993/1394).
297. SAP de Álava de 10 de marzo de 1993, (AC 1993/340).

### **III. Sentencias del Tribunal Constitucional**

298. STC núm. 105 de 18 de septiembre de 2017, Sala Segunda, (RTC 2017/105).
299. STC (Pleno), núm. 198 de 6 de noviembre de 2012, (RTC 2012/198).
300. STC núm. 160 de 2 de julio de 2007, Sala Primera, (RTC 2007/160).
301. STC (Pleno), núm. 240 de 20 de julio de 2006, (RTC 2006/240).
302. STC núm. 154 de 22 de mayo de 2006, Sala Primera, (RTC 2006/154).
303. STC (Pleno), núm. 112 de 5 de abril de 2006, (RTC 2006/112).
304. STC (Pleno), núm. 341 de 21 de diciembre de 2005, (RTC 2005/341).
305. STC núm. 274 de 7 de noviembre de 2005, Sala Primera, (RTC 2005/274).
306. STC (Pleno), núm. 213 de 21 de julio de 2005, (RTC 2005/213).
307. STC (Pleno), núm. 10 de 20 de enero de 2005, (RTC 2005/10).
308. STC (Pleno), núm. 204 de 18 de noviembre de 2004, (RTC 2004/204).
309. STC (Pleno), núm. 109 de 30 de junio de 2004, (RTC 2004/109).
310. STC (Pleno), núm. 184 de 23 de octubre de 2003, (RTC 2003/184).
311. STC (Pleno), núm. 109 de 5 de junio de 2003, (RTC 2003/109).
312. STC (Pleno), núm. 62 de 27 de marzo de 2003, (RTC 2003/62).
313. STC (Pleno), núm. 16 de 30 de enero de 2003, (RTC 2003/16).
314. STC núm. 70 de 3 de abril de 2002, Sala Primera, (RTC 2002/70).
315. STC núm. 169 de 16 de julio de 2001, (RTC 2001/169).
316. STC núm. 203 de 24 de julio de 2000, Sala Primera, (RTC 2000/203).

317. STC (Pleno), núm. 116 de 17 de junio de 1999, (RTC 1999/116).
318. STC (Pleno), núm. 49 de 5 de abril de 1999, (RTC 1999/49).
319. STC (Pleno), núm. 161 de 2 de octubre de 1997, (RTC 1997/161).
320. STC (Pleno), núm. 61 de 20 de marzo de 1997, (RTC 1997/61).
321. STC (Pleno), núm. 55 de 28 de marzo de 1996, (RTC 1996/55).
322. ATC (Pleno), núm. 134 de 9 de mayo de 1995, (RTC 1995/134 AUTO).
323. STC núm. 66 de 8 de mayo de 1995, (RTC 1995/66).
324. STC núm. 50 de 23 de febrero de 1995, Sala Primera, (RTC 1995/50).
325. STC (Pleno), núm. 89 de 17 de marzo de 1994, (RTC 1994/89).
326. STC (Pleno), núm. 37 de 10 de febrero de 1994, (RTC 1994/37).
327. STC (Pleno), núm. 111 de 25 de marzo de 1993, (RTC 1993/111).
328. STC núm. 47 de 8 de febrero de 1993, (RTC 1993/47).
329. STC (Pleno), núm. 222 de 11 de diciembre de 1992, (RTC 1992/222).
330. STC núm. 85 de 8 de junio de 1992, (RTC 1992/85).
331. STC (Pleno) núm. 66 de 22 de marzo de 1991, (RTC 1991/66).
332. STC (Pleno), núm. 178 de 2 de noviembre de 1989, (RTC 1989/178).
333. STC (Pleno), núm. 170 de 19 de octubre de 1989, (RTC 1989/170).
334. STC (Pleno), núm. 45 de 20 de febrero de 1989, (RTC 1989/45).
335. STC (Pleno), núm. 76 de 26 de abril de 1988, (RTC 1988/76).
336. STC (Pleno), núm. 73 de 21 de abril de 1988, (RTC 1988/73).
337. STC núm. 67 de 18 de abril de 1988, Sala Primera, (RTC 1988/67).
338. STC núm. 22 de 18 de febrero de 1988, (RTC 1988/22).
339. STC núm. 6 de 21 de enero de 1988, Sala Primera, (RTC 1988/6).
340. STC (Pleno), núm. 196 de 11 de diciembre de 1987, (RTC 1987/196).
341. STC (Pleno), núm. 189 de 24 de noviembre de 1987, (RTC 1987/189).

- 342. STC (Pleno), núm. 161 de 27 de octubre de 1987, (RTC 1987/161).
- 343. STC (Pleno), núm. 37 de 26 de marzo de 1987, (RTC 1987/37).
- 344. STC (Pleno), núm. 26 de 27 de febrero de 1987, (RTC 1987/26).
- 345. STC (Pleno), núm. 166 de 19 de diciembre de 1986, (RTC 1986/166).
- 346. STC núm. 163 de 17 de diciembre de 1986, Sala Primera, (RTC 1986/163).
- 347. STC (Pleno), núm. 108 de 29 de julio de 1986, (RTC 1986/108).
- 348. STC núm. 104 de 17 de julio de 1986, Sala Primera, (RTC 1986/104).
- 349. STC núm. 137 de 17 de octubre de 1985, (RTC 1985/137).
- 350. STC núm. 88 de 19 de julio de 1985, Sala Primera, (RTC 1985/88).
- 351. STC núm. 86 de 10 de julio de 1985, (RTC 1985/86).
- 352. STC (Pleno), núm. 77 de 27 de junio de 1985, (RTC 1985/77).
- 353. STC (Pleno), núm. 123 de 18 de diciembre de 1984, (RTC 1984/123).
- 354. STC núm. 111 de 28 de noviembre de 1984, (RTC 1984/111).
- 355. STC (Pleno), núm. 83 de 24 de julio de 1984, (RTC 1984/83).
- 356. STC núm. 67 de 7 de junio 1984, Sala Primera, (RTC 1984/67).
- 357. STC núm. 31 de 7 de marzo de 1984, (RTC 1984/31).
- 358. STC núm. 23 de 20 de febrero de 1984, Sala Primera, (RTC 1984/23).
- 359. STC núm. 18 de 7 de febrero de 1984, Sala Primera, (RTC 1984/18).
- 360. STC (Pleno), núm. 111 de 2 de diciembre de 1983, (RTC 1983/111).
- 361. STC núm. 93 de 8 de noviembre de 1983, Sala Primera, (RTC 1983/93).
- 362. STC núm. 62 de 11 de julio de 1983, Sala Primera, (RTC 1983/62).
- 363. STC (Pleno), núm. 10 de 21 de febrero de 1983, (RTC 1983/10).
- 364. STC (Pleno), núm. 24 de 13 de mayo de 1982, (RTC 1982/24).
- 365. STC núm. 19 de 5 de mayo de 1982, (RTC 1982/19).
- 366. STC núm. 15 de 23 de abril de 1982, Sala Primera, (RTC 1982/15).
- 367. STC (Pleno), núm. 12 de 31 de marzo de 1982, (RTC 1982/12).

368. STC (Pleno), núm. 32 de 28 de julio de 1981, (RTC 1981/32).
369. STC (Pleno), núm. 25 de 14 de julio de 1981, (RTC 1981/25).
370. STC (Pleno) núm. 22 de 2 de julio de 1981, (RTC 1981/22)
371. STC (Pleno), núm. 11 de 8 de abril de 1981, (RTC 1981/11).
372. STC núm. 6 de 16 de marzo de 1981, (RTC 1981/6).
373. STC (Pleno), núm. 4 de 2 de febrero de 1981, (RTC 1981/4).

#### **IV. Tribunal Superior de Justicia**

374. STSJ de Navarra, núm. 11 de 9 de septiembre de 2014, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, (RJ 2014/5741).
375. STSJ de Navarra, núm. 12 de 18 de septiembre de 2013, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, (RJ 2014/1559).
376. STSJ de Galicia, núm. 1 de 5 de febrero de 2001, Sala Civil y Penal, (RJ 2001/6530).
377. STSJ de Cataluña, núm. 3 de 4 de febrero de 1999, Sala Civil y Penal, (RJ 2000/745).

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**



**DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS**  
**a la Tesis Doctoral**

**Principio de Intangibilidad Cualitativa**  
**de la Legítima: Excepciones**

PREPARADO POR:

Lcda. Karin Janice Robles Ramos, M.P.A., J.D., L.L.M.

CO-DIRECTORAS:

Dra. Silvia Díaz Alabart  
Facultad de Derecho, UCM  
Dra. Cristina Fuenteseca Degeneffe  
Facultad de Derecho, UCM

Madrid, 2019

## ÍNDICE

<b>A MODO DE INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>ANEXO A: EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE HOMOGENEIDAD DE LOTES.....</b>	<b>4</b>
<b>ANEXO B: ALGUNAS NOCIONES SOBRE LA PARTICIÓN GENERAL REALIZADA POR EL TESTADOR.....</b>	<b>15</b>
<b>ANEXO C: MECANISMOS PROTECTORES DE LA LEGÍTIMA VULNERADA CUYA APLICACIÓN PUEDE OCASIONAR QUE ESTA SEA PAGADA AL LEGITIMARIO EN BIENES EXTRAHEREDITARIOS.....</b>	<b>25</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>31</b>
<b>JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DE LA DGRN.....</b>	<b>35</b>

## A MODO DE INTRODUCCIÓN

Como complemento del estudio, desarrollamos tres anexos que se incluyen en este documento separado. **Aclaramos que los mismos no son parte de la tesis**, razón por la que tienen su propia portada, paginación, índice y notas al calce y referencias independientes. Se incluyen porque entendemos que **sirven para complementar el trabajo realizado en el escrito de tesis** y, por lo mismo, **será de beneficio para los lectores que tengan el interés de consultarlos, si así lo estiman necesario**.

En concreto, en el **Anexo A** «Excepción al Principio de Homogeneidad de Lotes», examinamos el art. 1062 del CC, que es otro supuesto concreto de pago en dinero de la legítima que existía antes de 1981. La diferencia es que este no se activa ante la partición realizada por el testador, sino ante la efectuada por el contador partidor. La intención de traerlo a colación es tener un marco completo de todos los supuestos concretos existentes antes de la reforma de 1981.

Mientras, en el **Anexo B** «Algunas Nociones sobre la Partición General Realizada por el Testador» estudiamos el supuesto de partición general realizada por el propio testador, contenido en el art. 1056.1 del CC. La utilidad y necesidad de su examen se fundamenta en que muchas de sus reglas y efectos les resultan aplicables al supuesto de partición especial incluido en el apartado segundo de la misma norma.

Por último, en el **Anexo C** «Mecanismos Protectores de La Legítima Vulnerada cuya Aplicación puede Ocasionar que esta sea Pagada al Legitimario en Bienes Extrahereditarios» se presentan algunas herramientas defensoras de la legítima que al ser utilizadas por el legitimario puede resultar en que su parte legal le sea abonada, también, en efectivo no hereditario.

## ANEXO A

### EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE HOMOGENEIDAD DE LOTES

Toda partición calificada como ordinaria debe cumplir con la regla de homogeneidad de lotes o igualdad cualitativa que está contenida en el art. 1061 del CC. Dicho precepto, concretamente, dispone que «[e]n la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie». Tal norma no es aplicable al testador cuando realiza la partición ni a los coherederos cuando distribuyen la herencia en total consenso, ni al cónyuge fiduciario del art. 831 del CC, pero sí al contador partidor, ya sea testamentario, dativo o judicial, a menos que el testador lo exceptúe, resulte aplicable la excepción del art. 1062 o en definitiva no sea posible la igualdad de lotes por virtud de la naturaleza de los bienes en la herencia.<sup>1</sup>

Esto implica que el contador partidor, en principio, no puede, por su propia iniciativa y sin base para hacerlo, eludir tal regla de igualdad porque se extralimitaría de sus facultades, ya que no estaría realizando «un acto particional sino de enajenación para los que no está ni facultado ni legitimado».<sup>2</sup> En ese sentido, el contador partidor debe iniciar todo proceso de partición teniendo como enfoque principal el criterio de la estricta equidad. De manera que, en la medida de lo posible, debe confeccionar lotes iguales o proporcionales no solo en términos cuantitativos sino también a nivel cualitativo. Siempre orientado por el juicio de la «posibilidad» de esa igualdad.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo III, Ed. Dykinson, S. L., 4ª edición, Madrid, 2009, págs. 2621 – 2625. Véase, además, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «La Impugnación de la Partición y el Principio de Favor Partitionis», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo, y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, Madrid, 2014, pág. 891. De igual forma, examínese VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentarios a los Artículos 1061 y 1062 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 1.035 a 1.087*, (dir.) M. Albaladejo García, tomo XIV, vol. 2, Ed. Edersa, Madrid, 1989, pág. 402; RUEDA ESTEBAN, L., *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil: Auténtica Fiducia Sucesoria en Derecho Común*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, págs. 452, 458, 466, 476, 486, 606; BUSTO LAGO, J. M., «Aspectos Sustantivos de las Operaciones Particionales de la Herencia», en *La División Judicial de Patrimonios: Aspectos Sustantivos y Procesales*, (dir.) J. L. Seoane Spiegelberg, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 386, añadiendo que de la aplicación del principio de homogeneidad de lote quedan exceptuados, además, la cuota legitimaria del cónyuge viudo y el supuesto de imputación de los bienes que el causante otorgó en vida y de forma gratuita al heredero forzoso, ello sin perjuicio de la obligación de colacionarlos que se le impone a través del art. 1047 del CC. Sobre este último asunto, ver también la STS de 13 de abril de 1956, Sala Civil, (RJ 1956/1930).

<sup>2</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo III, *op. cit.*, pág. 2619.

<sup>3</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo III, *op. cit.*, págs. 2620 – 2621, citando a la STS de 14 de junio de 1957 y a la DGRN de 28 de enero de 1998; ESPEJO RUÍZ, M., *La Partición Realizada por Contador Partidor Testamentario, tomo V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2013, págs. 183 – 184.



No obstante, a pesar de lo señalado, el Tribunal Supremo (TS), también, ha dejado meridianamente claro que la aplicación del art. 1061 del CC, en cuanto a la posibilidad de igualdad de lotes, es una facultativa y no imperativa, sujeta a la ponderación de las circunstancias particulares de cada caso en controversia. Específicamente, esta sede judicial determinó que dicho precepto al no ser de «...inexorable aplicación, es sólo una recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla según la naturaleza de los bienes de la herencia».<sup>4</sup> Por esta razón, se ha considerado que el contador partididor no quebranta tal igualdad cuando no le atribuye a todos los herederos partes en todos los bienes hereditarios, sino que más bien les asigna lotes iguales con bienes de diferente naturaleza.<sup>5</sup>

En cuanto al art. 1062 del CC, según se comentara previamente, este resulta ser otra excepción al principio de homogeneidad de lote que se establece en el art. 1061 del mismo estatuto.<sup>6</sup> Esta circunstancia ha estado presente desde los antecedentes de esta normativa. Baste recurrir al examen y contraste de su redacción para validar tal planteamiento. El contenido de esta norma se ha mantenido prácticamente inalterado desde el Proyecto de Código Civil de 1851, aunque el mismo resultaba ser un poco más específico en ese entonces. En dicho proyecto, el artículo atinente a esta norma era el 909 y leía como sigue: «Cuando por ser una cosa indivisible, o porque desmerecerá mucho en la división, no pueda guardarse la igualdad en los lotes o adjudicación según el artículo anterior, podrá adjudicarse a uno con la calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los coherederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para

---

<sup>4</sup> STS núm. 602 de 23 de junio de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/4745). Véase, además, la STS núm. 883 de 6 de octubre de 2000, Sala Civil, (RJ 2000/7543).

<sup>5</sup> STS de 17 de junio de 1980, Sala Civil, (RJ 1980/3077). Cada uno de estos razonamientos, y otros adicionales, fueron reiterados y concretizados por el TS en los siguientes términos: «La reciente sentencia de esta Sala de 7 [de] noviembre [de] 2006 (RJ 2006, 9165), que cita la de 25 [de] noviembre [de] 2004 (RJ 2004, 7252), se pronuncia en los siguientes términos: “La jurisprudencia ha declarado, en la interpretación de este precepto, que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación (SSTS de 30 de enero de 1951 [RJ 1951, 89]; 14 de diciembre de 1957 [RJ 1957, 3445] y 25 de marzo de 1995) y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS de 8 de febrero de 1974, 17 de junio de 1980 [RJ 1980, 3077], 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2654] y 16 de febrero de 1998). Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980 [RJ 1980, 3077] y 14 de julio de 1990), sino de una igualdad cualitativa (STS de 13 de junio de 1992); que la norma tiene un carácter orientativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y de 7 de enero de 1991 [RJ 1991, 110]); está dotada de un grado de imperatividad sólo relativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2654] y 2 de noviembre de 2005 [RJ 2005, 8180] ); y no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991 [RJ 1991, 110]...)». STS núm. 2 de 16 de enero de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/5).

<sup>6</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1062», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo IV, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 7760; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1062 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, pág. 1439.

que así se haga».<sup>7</sup> Mientras, el vigente art. 1062 del CC dispone lo siguiente: «Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga». Como es evidente, lo único que diferencia a ambos preceptos es que en el actual art. 1062 del CC no se incluye la expresión: «no pueda guardarse la igualdad en los lotes o adjudicación según el artículo anterior». Sin embargo, para poder lograr la igualdad entre todos los herederos siempre han estado presentes las siguientes dos alternativas: (1) que el adjudicatario compense en dinero, el exceso de lo recibido, al resto de los coherederos o (2) que se acuda al proceso de licitación y que lo obtenido por la venta se distribuya entre todos.<sup>8</sup>

La aplicabilidad del art. 1062 del CC se activa ante el criterio objetivo de la indivisibilidad de un bien, hecho que impide que se cumpla la norma general de que todo coheredero tiene derecho a su parte de la herencia en los mismos bienes que la integran. Respecto a esta característica de la cosa, la doctrina ha comentado que la misma se identifica «...bien por sus circunstancias físicas (una joya, una obra de arte, una vivienda unifamiliar), bien por el uso al que está destinada por razones económicas (una explotación constituida por diversos elementos o cualquier cosa que sea divisible físicamente pero que desmerezca con su división) o por imponerle el derecho (unidades mínimas de cultivo, solares declarados indivisibles)».<sup>9</sup> Esta explicación confirma que la aplicación del art. 1062 del CC puede darse tanto ante bienes muebles como inmuebles.

Iguales criterios ha asumido el Tribunal Supremo en diversas sentencias. En una de estas, la máxima sede judicial determinó que la apreciación de un bien como divisible o indivisible está supeditada a un concepto valorativo que se puede deducir de los hechos de una controversia. Fundado en esa premisa, el más alto tribunal consideró que la indivisibilidad puede circunscribirse a consideraciones reales, jurídicas, al resultar el bien inútil para el uso al cual se le destina, o que su división pueda provocar que el bien desmerezca excesivamente, provocándole gastos sustanciales a los participantes de la transacción.<sup>10</sup> Este tribunal especificó, aún más, su criterio respecto a qué hace que un bien

---

<sup>7</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Ed. Cometas, S. A., Zaragoza, 1974. (Reimpresión de la edición de Madrid de 1852-Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza), pág. 451.

<sup>8</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, *ibid.*, pág. 452.

<sup>9</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentarios a los Artículos 1061 y 1062 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 406. Véase, además, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1062», *op. cit.*, pág. 7760.

resulte indivisible, al resolver que «...la división exige también su posibilidad jurídica, lo que realmente se propone no es la solución jurídicamente procedente sino la que más conviene a la parte recurrente, que por ende elude cuestiones tan relevantes como la del necesario consentimiento de un tercero para que sea viable la formación de dos lotes».<sup>11</sup> Por último, en otra sentencia esta sede judicial mantuvo cada uno de los elementos señalados, que al estar presentes en un bien imposibilitan su división, y destacó que en el caso en controversia lo esencial para determinar que la cosa no podía dividirse fue que la división del inmueble iba a resultar en una pérdida considerable en su valor, es decir, en su desmerecimiento.<sup>12</sup> De todo lo mencionado, puede establecerse que un bien se considera de difícil división cuando de efectuarse esta podría ocasionarse un daño y perjuicio, ya sea en la cosa en sí misma como en sus partícipes.<sup>13</sup>

De ordinario, la apreciación y determinación de si algún bien es indivisible recae sobre la persona que tiene que partir la herencia, que puede ser el testador, el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC, el contador partidor, o los herederos, dependiendo del tipo de partición de que se trate. Un elemento definitorio en esta decisión podría ser la presencia de un grupo amplio de herederos en relación a una cantidad reducida de bienes que materialmente son imposibles de dividir. Al respecto de la autoridad del contador partidor, la Dirección General de Registro del Notariado (DGRN) ha reiterado que la partición de la herencia efectuada por este tipo de profesional tiene fuerza de ley por sí misma, siempre que este, al realizarla, actúe dentro del parámetro legal de sus funciones, por lo que no es necesario el consentimiento de

---

<sup>10</sup> STS de 7 de marzo de 1985, Sala Civil, (RJ 1985/1110); STS núm. 585 de 13 de julio de 1996, Sala Civil, (RJ 1996/5584); STS núm. 292 de 3 de abril de 1995, Sala Civil, (RJ 1995/2929).

<sup>11</sup> STS núm. 222 de 11 de abril de 2011, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2011/3445).

<sup>12</sup> STS núm. 148 de 8 de marzo de 2013, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2013/2171). En concreto, sobre la indivisibilidad de una cosa, este Tribunal validó en esta sentencia lo siguiente: «...son tres las maneras que se pueden dar de indivisibilidad: indivisibilidad física, inservibilidad y desmerecimiento... A lo que añade que la indivisibilidad puede resultar de que la cosa, en caso de indivisión, quede inservible para el uso al que se le destina, o bien porque produzca un anormal desmerecimiento, o bien ocasione un gasto considerable ... la determinación de la indivisibilidad, inservibilidad o desmerecimiento de la cosa desde la perspectiva de la verificación casacional presenta dos aspectos: el fáctico, integrado por los hechos y descripciones que configuran la situación juzgada, ... y el jurídico – “questio iuris”-, que comprende las valoraciones o calificaciones deducidas de aquellas premisas inmovibles...». (Para un detalle mayor sobre este tema, refiérase a: STS núm. 835 de 15 de diciembre de 2009, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2010/287); STS núm. 38 de 3 de febrero de 2005, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2005/913); STS núm. 212 de 12 de marzo de 2004, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2004/3166)).

<sup>13</sup> ESPEJO RUÍZ, M., «Los Problemas que Plantea el Artículo 1062 del Código Civil en la Partición. Criterios del Tribunal Supremo y la Doctrina», en *R.J.N.*, núm. 67, Julio – Septiembre 2008, pág. 99.

los herederos, aun siendo estos legitimarios, para convalidarla.<sup>14</sup> Esto significa que se deberá pasar por ella siempre que no afecte las legítimas o contradiga lo dispuesto por el propio testador.<sup>15</sup> Sin embargo, hay que tener presente que este tipo de decisión puede ser impugnada ante los tribunales por aquellos que resulten afectados por la misma, puesto que definir si un bien es o no divisible es una cuestión de hecho.<sup>16</sup>

Se ha entendido como cónsono con el art. 1062 del CC, apartado primero, el que los herederos de común acuerdo o el contador partidor decidan asignar el bien indivisible o que desmerezca por su división a uno de los herederos, siempre que se compense en metálico hereditario al resto de los coherederos, que pueden ser legitimarios o no, por el exceso recibido. Entonces, mediante esta norma, se valida un acto de adjudicación desigual por conferirle mayor preeminencia al principio de conservación de la integridad de un bien de difícil o imposible división.<sup>17</sup> En el caso particular de un contador partidor, esta determinación que implica desigualdad entre los herederos se considera una actuación coherente y no excesiva de las facultades conferidas a esta clase de profesional, por constituir la misma el ejercicio de una genuina partición.<sup>18</sup> Sin embargo, es necesario aclarar que la igualdad que no se alcanza es la de especie porque a través del art. 1062 del CC, sí se consigue la de valor. Sobre este asunto, es importante comentar que toda división hereditaria aspira a la igualdad. No obstante, la posible igualdad en especie entre herederos se puede perder cuando se le adjudica a uno de estos un bien indivisible. Esto, sin embargo, no es equivalente a perder igualdad de valor. Para el contador- partidor el dinero, como medida de valor, es de gran utilidad porque ofrece una alternativa para alcanzar la igualdad en valor de las cuotas hereditarias, que no puede lograr a través de la división proporcional de los bienes.

---

<sup>14</sup> RDGRN de 16 de septiembre de 2008, (RJ 2009/516); RDGRN de 20 de julio de 2007, (RJ 2007/3805); RDGRN núm. 2 de 13 de octubre de 2005, (RJ 2005/7451); RDGRN de 21 de junio de 2003, (RJ 2003/4651); RDGRN de 19 de septiembre de 2002, (RJ 2002/9937); RDGRN de 27 de diciembre de 1982, (RJ 1982/8065). Véase, además, DELGADO TRUYOLS, A., «La Partición por el Contador Partidor y la Interpretación del Testamento siendo Albacea o cuando sólo es Contador Partidor», en *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un Debate Reformista*, (dirs.) F. Lledó Yagüe, M<sup>a</sup>. P. Ferrer Vanrell, y J. Torres Lana, tomo 1, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, pág. 1306.

<sup>15</sup> RDGRN de 20 de septiembre de 2003, (RJ 2003/6336); RDGRN de 21 de junio de 2003, *supra*.

<sup>16</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo III, *op. cit.*, pág. 2623, citando a STS de 10 de febrero de 1970; STS de 15 de febrero de 1966; STS de 26 de enero de 1963; STS de 28 de noviembre de 1957. Véase, además, DELGADO TRUYOLS, A., «La Partición por el Contador Partidor y la Interpretación del Testamento siendo Albacea o cuando sólo es Contador Partidor», *op. cit.*, pág. 1306.

<sup>17</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo III, *op. cit.*, pág. 2623.

<sup>18</sup> RDGRN 2 de diciembre de 1964, (RJ 1964/5928); RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo III, *op. cit.*, pág. 2623, citando a ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, tomo IV, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 143 y a la STS de 4 de julio de 1895.

En tal sentido, la igualdad en valor es necesaria y sustitutiva de la igualdad en especie dado que el dinero posibilita una compensación al heredero que no recibió el bien indivisible. Se infiere, entonces, que mediante el art. 1.062 del CC el contador-partidor puede alcanzar esa «igualdad óptima» que no pudo conseguir a través del art. 1.061 del CC.<sup>19</sup>

De igual forma, se ha comprendido que el contador partidor no excede de la denominada «simple facultad de hacer partición», conferida a través del art. 1057 del CC, cuando ante un supuesto de un único bien indivisible como parte del caudal hereditario, y en aplicación y cumplimiento del art. 1062.1 del CC, decide atribuir el mismo a un heredero a cambio de que este pague con dinero extrahereditario el exceso de lo recibido, en beneficio de la parte de los herederos voluntarios o de la legítima de los herederos legitimarios.<sup>20</sup> Tal

---

<sup>19</sup> ESPEJO RUÍZ, M., «Los Problemas que Plantea el Artículo 1062 del Código Civil en la Partición...», *op. cit.*, págs. 100 - 101, *La Partición Realizada por Contador Partidor Testamentario, tomo V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2013, págs. 187 - 188.

<sup>20</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentarios a los Artículos 1061 y 1062 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 399 - 400, citando la STS de 4 de julio de 1895. En específico, de esta sentencia se incluye parte del extracto citado por este autor: «...los testamentarios de la causante tenían la obligación de desempeñarlo [el encargo de partir] con arreglo a la ley y a la voluntad de la testadora, con independencia de los herederos y sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar contra los agravios que pudieran inferirle ... al adjudicar los albaceas a uno solo de los herederos la casa fábrica de cerveza, que constituía más de la mitad del haber hereditario, no infringieron el artículo 1.061 del Código Civil, porque en este caso la igualdad posible de la partición de la herencia aconsejaba que se adjudicara a uno solo, con la obligación de abonar a los otros coherederos la parte del precio correspondiente al valor total que por todos se ha tenido como justo; pues el repetido inmueble era por naturaleza indivisible...». No obstante, es preciso señalar que en una sentencia relacionada con la liquidación de una sociedad legal de bienes gananciales y que el *ratio decidendi* no tenía que ver con el art. 1062.1 del CC, el TS expresó que el acto de un contador partidor atribuyendo a un heredero un bien indivisible, a cambio de que este pagara en metálico a los otros coherederos el exceso de lo recibido, era uno dispositivo, no particional, porque implicaba la venta de la cuota hereditaria. Sobre el particular, concretamente, esta sede judicial comentó que si por la naturaleza del bien el contador partidor debía acudir al art. 1062.1, el metálico pagado al resto de los coherederos, legitimarios o voluntarios, debía formar parte del caudal hereditario. A continuación, veamos lo dicho por este tribunal: «El párrafo primero del art. 1062 del Código Civil no contiene sino una norma que permite la atribución de un bien hereditario que resulte indivisible a uno de los coherederos abonando a los otros su exceso en dinero, pero tal precepto no obsta a la exigencia que puede hacer cualquiera de aquellos de que el bien sea vendido en pública subasta como se establece en el párrafo segundo de este art. 1062, aparte de la inaplicabilidad de aquel párrafo primero en el caso de que en la herencia no exista otro bien que la cosa considerada indivisible habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia; en otro caso, nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria supuesto que no es el contemplado en el art. 1062 citado». STS núm. 61 de 10 de febrero de 1997, Sala Civil, (RJ 1997/667). Véase, además, RDGRN de 13 de mayo de 2003, (RJ 2003/4477). Esta expresión judicial no resulta acorde con la finalidad del art. 1062 del CC que, como se destacó anteriormente, tiene su antecedente en el Proyecto del Código Civil de 1851, donde su máximo intérprete, GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español, op. cit.*, pág. 452, indicó que una de las formas de lograr la igualdad entre los herederos, lo que incluye a los legitimarios instituidos como tales, era adjudicándoles el bien indivisible a uno de ellos a cambio de que este le pagara a los otros el exceso de lo recibido. Si esta opción no fuera viable, el apartado primero del art. 1062 del CC no tendría ningún sentido ante el supuesto de un bien de difícil división como único activo en el caudal hereditario. Esto conllevaría el establecimiento de comunidades ordinarias, que no es la norma favorecida en el Código Civil, o la venta del bien en pública subasta, según el apartado segundo del art. 1062 del CC. Además, tal comentario judicial podría ser producto de la concepción del fenómeno de la partición bajo el prisma de la teoría traslativa de dominio, que es una perspectiva que subsiste entre los autores clásicos de la doctrina. ESPEJO RUÍZ, M., *La Partición Realizada por Contador Partidor Testamentario, op. cit.*, págs. 69 - 70. Mediante este enfoque teórico, se entiende que respecto de cada bien de la herencia se originan comunidades singulares, donde los

proceder se ha visualizado como uno de auténtica partición y no de disposición, que estaría ajeno a su ámbito de acción permitida.<sup>21</sup> Así se puede observar de una determinación administrativa emitida por la DGRN que, en lo pertinente, resuelve «...que la adjudicación hecha a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás por razón del exceso de valor de lo adjudicado en relación con el de su cuota hereditaria no implica enajenación; tal adjudicación no envuelve una transmisión de dominio de unos herederos a otros, sino directamente del causante al adjudicatario, con la eficacia declarativa de toda partición y con los efectos civiles e hipotecarios que le son propios».<sup>22</sup> Esta interpretación podría estar fundada en la teoría declarativa, que es la que fomenta que «[l]a partición nada transmite de un coheredero a otro, sino que se limita a declarar que desde la muerte del causante, ciertos bienes de la herencia han ido a parar directamente a un coheredero y ciertos a otro, a cada uno los que se les atribuyen al partir».<sup>23</sup> Esta perspectiva ha sido mantenida por la DGRN. Concretamente, este ente administrativo está consciente de que no es fácil deslindar un acto particional de uno dispositivo. También que, siempre que sea posible, en toda partición hereditaria se deben conformar lotes proporcionales o iguales tanto cuantitativa como cualitativamente. Sin embargo, la DGRN entiende que esta regla general no se contradice cuando el único bien del caudal relicto, por ser indivisible, se asigna a uno de los herederos a cambio de que este compense el exceso de lo recibido pagando en efectivo no hereditario la parte correspondiente a los demás participantes de la herencia. Tal acto no puede concebirse como una enajenación. Por lo que deberá pasarse por dicha partición, sin perjuicio de que los interesados puedan impugnarla, siempre que esta no sea contraria ni a la voluntad del testador ni al régimen de las legítimas.<sup>24</sup>

---

herederos al ser cotitulares entre sí pueden intercambiarse, ya sea permutándose o cediéndose, sus respectivas titularidades. En fin, se concibe que «[c]ada heredero adjudicatario de un bien es causahabiente de sus coherederos respecto de las partes alicuotas de éstos, y causahabiente del difunto respecto de la parte alicuota que el tenía en el bien que se le adjudicó». ESPEJO RUÍZ, M., *La Partición Realizada por Contador Partidor Testamentario*, op. cit., pág. 67.

<sup>21</sup> De una manera un tanto contradictoria, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico de la Legítima en el Código Civil», en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección 3, vol. 1, Madrid, 1964, pág. 839, coincide con el hecho de que el acto que se posibilita a través del art. 1062.1 del CC es uno de partición ordinaria, pero aclara que «...la división se consume a través de una verdadera disposición o enajenación (por lo que al bien indivisible se refiere)...».

<sup>22</sup> RDGRN núm. 2142 de 29 de enero de 2013, (RJ 2013/1803); RDGRN de 14 de abril de 2005, (RJ 2005/5018); RDGRN de 2 de enero de 2004, (RJ 2004/712); RDGRN de 27 de noviembre de 1986, (RJ 1986/6880); RDGRN de 6 de abril de 1962, (RJ 1962/1712); RDGRN de 22 de febrero de 1943 (RJ 1943/265).

<sup>23</sup> ESPEJO RUÍZ, M., *La Partición Realizada por Contador Partidor Testamentario*, op. cit., pág. 70.

<sup>24</sup> RDGRN de 16 de septiembre de 2008, *supra*. Véase, además, RDGRN 2 de diciembre de 1964, *supra*. Aunque en una ocasión, la DGRN resolvió de forma distinta. Se trató de una circunstancia en la que el contador

Es importante destacar que el art. 1062 del CC no provee la manera en que el adjudicatario realizaría el pago del dinero. Tampoco se indica si el desembolso puede ser aplazado o si, por el contrario, debe abonarse en el justo momento de la partición, ni las consecuencias que la no realización del mismo tiene para el heredero adjudicatario del bien indivisible. Incluso, no se establecen cuáles serían las garantías de los herederos, legitimarios o no, durante el término en que el pago está pendiente. Ante todas estas interrogantes, se sugiere que las soluciones dependerán de si el heredero que recibirá su parte en metálico es voluntario o legitimario. De ser heredero voluntario, se menciona que «...el testador puede prever su solución, así como el contador – partidor, sin apartarse de la voluntad de aquél, y los mismos herederos, determinándola cuando no se pague la compensación en el mismo momento de formalizarse la partición».<sup>25</sup> En el caso particular del heredero legitimario, le serían de aplicación las mismas garantías que se activan ante el supuesto del art. 1056.2 del CC. En ese sentido, los legitimarios que recibirán su legítima o parte de esta en metálico extrahereditario mantendrán la afección real que la reserva del art. 806 del CC presupone y esta será extensiva a los terceros adquirentes por virtud del art. 15 de

---

partidor atribuyó, en proindiviso, el único bien hereditario entre el cónyuge supérstite, a título de usufructuario, y una de las hijas, a título de legataria de parte alicuota, por cuanto el testador le había asignado, a condición, la nuda propiedad del 1/3 de mejora, la totalidad del 1/3 de libre disposición y su parte correspondiente en el 1/3 de legítima estricta, imponiéndole a esta última la obligación de pagar la legítima del resto de los legitimarios. En esta ocasión, era evidente que no se trataba de un problema para partir la herencia, que por su naturaleza hiciera aplicable la excepción del art. 1062 del CC, sino más bien del cumplimiento de la voluntad del testador que debía estar sujeta a alguna de las excepciones que viabilizan el pago de la legítima en metálico extrahereditario. Ante este contexto es que la DGRN emite las siguientes expresiones: «Es cierto que la regla del artículo 1061 del Código Civil (LEG 1889, 27) que impone la igualdad en la integración de los lotes de los herederos, referidas principalmente a la partición hecha por comisario, ha de tener como una de sus excepciones el supuesto que contempla el artículo siguiente, el 1062, para el caso de cosas indivisibles, y esta excepción entendida como simple acto particional, encajable por tanto dentro de las facultades de los contadores partidores, ha sido interpretada con gran amplitud por la doctrina de este Centro (vid. Resoluciones de 10 de enero de 1903, 23 de julio de 1925, 6 de abril de 1962 [RJ 1962, 1712] ó 2 de diciembre de 1964 [RJ 1964, 5928]) al punto de considerar que es la solución más lógica cuando en la herencia existe tan sólo [sic] un bien jurídico o económicamente indivisible. Pero al faltar para el presente caso una norma como la introducida en el artículo 1056 del Código Civil por la Disposición Final Primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril (RCL 2003, 903) (que permite en el supuesto que contempla el pago de la legítima con efectivo extrahereditario), no puede olvidarse que como señalara la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997, 667), en doctrina que este Centro ha de aceptar, el precepto que nos ocupa es inaplicable en el caso de que en la herencia no exista otro bien que el que se considera indivisible, habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia, pues en otro caso nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria, supuesto que no es el contemplado en el artículo 1062. Y todo ello sin necesidad de plantear la excepción que el párrafo segundo de la misma norma introduce a la hora de permitir el acudir a esa adjudicación, la de que ninguno de los interesados pida la venta en pública subasta, pues al margen de lo difícil que pueda ser el cohonestarla con el carácter unilateral de la partición hecha por el contador partidor supone una evidente limitación a las facultades de éste a la hora de eludir la aplicación del artículo 1061. ...». RDGRN de 13 de mayo de 2003, *supra*.

<sup>25</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentarios a los Artículos 1061 y 1062 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 409.

la LH de 1946.<sup>26</sup> Además, el adjudicatario del bien de dificultosa división estará gravado con el modo u obligación de efectuar el pago en metálico del exceso recibido. Esto implica que, si bien la atribución a favor del adjudicatario no se suspende, este deberá cumplir con la compensación a los otros herederos legitimarios porque de no hacerlo, estos podrán exigir su cumplimiento, según el art. 797, apartados 1 y 2, o la revocación de la disposición.<sup>27</sup>

Sobre este último aspecto, es nuestro criterio que la obligación impuesta al asignatario del bien indivisible constituye, más bien, una condición resolutoria. Aunque la partición realizada por el contador partidor es eficaz al convertir en adquirente al adjudicatario, la titularidad sobre este bien será plenamente efectiva cuando este cumpla con su deber de pagar en efectivo la legítima. Hasta tanto no se realice el abono, persistirá la cotitularidad sobre los bienes del caudal relicto entre el adjudicatario y el receptor del metálico. Esto debido a la reserva del art. 806 del CC, que se hace extensiva al tercero registral cuando la condición se incluye como parte del texto de la escritura de partición que será inscrita en el Registro de la Propiedad, conforme a los arts. 80.2, utilizado en términos analógicos, y 51.6, ambos del RH de 1947, y los preceptos 9.2 y 23 de la LH de 1946. De manera que del Registro de la Propiedad se desvele que la adjudicación es una claudicante. El efecto práctico del incumplimiento del adjudicatario con la compensación de la legítima en efectivo, será que el bien indivisible se dividirá entre todos los legitimarios. Todo esto es indicativo de que el supuesto concreto y objetivo del art. 1062.1 del CC, que viabiliza el abono en metálico de la legítima como consecuencia de la realidad de una herencia difícil de partir por su composición material y la cantidad de receptores de la misma, tampoco altera la naturaleza jurídica de la legítima de quienes tienen que percibirla en efectivo. Esta persistirá como *pars bonorum* hasta que el asignatario del bien indivisible cumpla con su obligación de abonarla en metálico.<sup>28</sup>

De otra parte, si alguno de los herederos no desea que el bien sea adjudicado a otro coheredero, mediante el apartado segundo del art. 1062 del CC, este tiene la potestad de pedir que la cosa sea vendida en pública subasta, participando de este proceso licitadores extraños, de forma que el metálico obtenido por la venta sea distribuido entre todos ellos.<sup>29</sup> De este

---

<sup>26</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, (dir.) M. Albaladejo García, volumen 2, Ed. Edersa, Madrid, 1989, pág. 167.

<sup>27</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *ibid.*, pág. 167.

<sup>28</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentarios a los Artículos 1061 y 1062 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 409, «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 167 – 168.



modo, pudiera recaer en un solo heredero la responsabilidad de tomar una decisión que, sin duda, podría tener un efecto negativo sobre el derecho de los otros coherederos, ya que no se puede garantizar que el importe que se obtenga del bien, a través del mecanismo de la subasta pública, corresponda al valor real del mismo. Para que esta posibilidad se active deben cumplirse tres requisitos: (1) que el bien sea indivisible o que desmerezca con su división; (2) que la partición, a través de la cual se atribuyó a un heredero el bien indivisible, haya sido realizada por el contador, judicial, testamentario o dativo, cumpliendo con la normativa, pero sin que el testador hubiera emitido ninguna orden en particular en cuanto a la adjudicación de la cosa de difícil o imposible división; (3) que alguno de los herederos no otorgue su posterior asentimiento a dicha adjudicación y acuda ante los tribunales para que se aplique el apartado segundo del art. 1062 del CC.<sup>30</sup>

Más específicamente, se ha señalado que «...únicamente si la norma del artículo 1062.1 actúa como excepción de la del 1.061, aquélla sufre a su vez la limitación de su párrafo 2».<sup>31</sup> Esto significa que la limitación del art. 1062.2 del CC no será aplicable ante la adjudicación de un bien de difícil o imposible división producto de la partición realizada por el testador, el cónyuge fiduciario del art. 831 del CC, el consenso de todos los herederos capaces o representados o el contador partidor expresamente facultado para ello. Esto porque a la partición realizada por alguno de los sujetos mencionados no les aplica el art. 1061 del CC, lo que hace innecesario la aplicación de la limitación del art. 1062.1 del CC y hace, igualmente, inaplicable la sub-limitación del art. 1062.2 del CC.<sup>32</sup> Tampoco será aplicable el apartado dos del precepto comentado, «...cuando en la herencia hay varios bienes indivisibles o que desmerezcan mucho con la división, y sean de distinta naturaleza, especie y calidad, pues aunque su valor no sea exactamente igual, puede distribuirse, con las

---

<sup>29</sup> Otra forma de resolver el problema de la indivisión de un bien podría ser a través de la adjudicación del mismo, en pro indiviso, a todos los interesados.

<sup>30</sup> Referente a este tercer requisito, es criterio de VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentarios a los Artículos 1061 y 1062 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 410, que la petición de que el bien indivisible sea vendido en pública subasta, «... deberá ser [efectuado] en tiempo hábil, tanto en el juicio divisorio como ante la decisión del contador-partidor que no se halle especialmente facultado por el testador para hacer la adjudicación a uno solo de los herederos a calidad de abonar a los demás su parte en dinero».

<sup>31</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentarios a los Artículos 1061 y 1062 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 410.

<sup>32</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentarios a los Artículos 1061 y 1062 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 409; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1062», *op. cit.*, pág. 7763; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1062 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1440, haciendo referencia a la STS de 16 de febrero de 1998, (RJ 1998/868) y a la STS de 14 de junio de 1993, (RJ 1993/4832).

compensaciones correspondientes entre los herederos».<sup>33</sup> De esta forma, podría darse también la posibilidad de que parte de la legítima sea pagada en dinero extrahereditario.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1062 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1440.

<sup>34</sup> Un análisis diferente sobre el apartado segundo del art. 1062 del CC lo efectúa ESPEJO RUIZ. Este autor aborda su enfoque analítico desde dos ángulos: (1) si era la voluntad del testador que un bien indivisible se atribuyera a un heredero y que a los otros se le asignara dinero hereditario o extrahereditario, para lo cual, prohibió la aplicación del apartado segundo del art. 1062 del CC; (2) si el contador ante un bien imposible de dividir, existiendo o no dinero hereditario, opta por asignar el mismo a un heredero, habiendo o no disposición del testador sobre este particular. Ante ambos supuestos, podrá activarse o no el inciso segundo del art. 1062 del CC. Bajo la primera circunstancia, de tratarse de dinero extrahereditario, debería cumplirse con los arts. 841 y ss. del CC o con el art. 1056 del CC, mientras, si el dinero es hereditario habrá que evaluar si es aplicable el art. 1061 o su excepción, es decir, el art. 1062 del CC. De cualquier manera, se hará valer la voluntad del testador de que no se pueda dar la venta en pública subasta, que se viabiliza a través del inciso dos del art. 1062 del CC. Sin embargo, ante el surgimiento del segundo supuesto, se realiza la siguiente distinción. Si existe dinero hereditario, se mantendrá la adjudicación del bien de difícil división realizada por el contador partidor y no se aplicará el art. 1062.2 del CC, siempre que se tenga el consentimiento de todos los herederos legitimarios. Para tal suceso, no es necesario la aprobación de los herederos voluntarios. En cambio, si el metálico ha ser aportado es extrahereditario, cualquier heredero legitimario puede solicitar la venta del bien indivisible en pública subasta, a pesar de que la voluntad del testador hubiera sido otra y de que el contador al hacer la partición estuviera cumpliendo con la misma. Tal posibilidad, no le es permitida al heredero voluntario, si este no resultó ser el adjudicatario del bien que el testador desea preservar en indivisión. (Para un mayor detalle de lo expuesto, véase: ESPEJO RUÍZ, M., *La Partición Realizada por Contador Partidor Testamentario*, *op. cit.*, págs. 192 – 197). Distintamente, puede establecerse que el art. 1062.1 del CC se activa como excepción al art. 1061 del CC, siempre que haya problema para realizar la partición debido a la existencia de un bien indivisible o de dificultosa división, habiendo o no dinero hereditario. El contador partidor no necesita el consentimiento de los herederos, legitimarios o no, para adjudicar el bien indivisible a uno de ellos y solventar el exceso a los otros, ya sea mediante dinero hereditario o extrahereditario. Como claramente expresa ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Capítulo 7: La Partición Realizada por los Propios Coherederos y la Voluntad del Causante», en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*, (coords.) L. Aguilar Ruíz, J. L. Arjona Guajardo-Fajardo y G. Cedeira Bravo de Mansilla, núm. 33, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 136 - 137, específicamente en la 136, la partición realizada por el contador partidor es una de «... carácter rigurosamente unilateral, en la que no es preciso que intervengan los herederos». De la única forma que el contador partidor necesita del consentimiento total de los herederos es cuando su acto excede de sus funciones al no ser puramente particional. Véase: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentarios a los Artículos 1061 y 1062 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 401, citando a RDGRN de 10 de enero de 1903. También, refiérase a la RDGRN 2 de diciembre de 1964, *supra*. No obstante, es perfectamente permisible que alguno de los herederos, luego de la partición realizada por el contador partidor, impugne judicialmente la misma y haga que se aplique el apartado segundo del art. 1062 para que el bien indivisible sea vendido en pública subasta.

## ANEXO B

### ALGUNAS NOCIONES SOBRE LA PARTICIÓN GENERAL REALIZADA POR EL TESTADOR

El art. 1056 del CC está estructurado en dos secciones. La primera se refiere a la partición de carácter general que el testador realiza sobre aquellos bienes que son de naturaleza diferente a los que pueden agruparse bajo la calificación de patrimonio empresarial, los cuales tienen una regulación particularizada en el apartado segundo de este artículo. Concretamente, el texto de este apartado alude a lo siguiente: «[c]uando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos». Esta redacción no ha sufrido ninguna alteración esencial desde su incorporación inicial, como el art. 899, en el Proyecto de Ley del Código Civil de 1851, su eventual inclusión como parte del contenido del art. 1073 del Anteproyecto de Ley de 1882-1888 y, finalmente, en su inserción como el art. 1056.1 en el texto definitivo del Código Civil de 1889.<sup>35</sup>

Este primer párrafo de esta normativa suscita una variedad de cuestiones interesantes que, incluso, podrían ser objeto, por sí mismo, de una investigación en particular. Sin

---

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2008, pág. 258; RUEDA ESTEBAN, L., «La Reforma del Párrafo 2 del Artículo 1.056 del Código Civil», en *A.M.N.*, tomo 54, Octubre 2003, pág. 61, *La Delegación de la Facultad de Mejorar del Artículo 831 del Código Civil: Auténtica Fiducia Sucesoria en Derecho Común*, op. cit., pág. 693; MILLÁN SALAS, F., *Instituciones Sucesorias en el Código Civil que Conservan Íntegra una Explotación Agrícola*, Ed. Ediasa, Madrid, 1999, págs. 160 – 161; GARCÍA HERRERA, V., «La Sucesión en la Empresa Familiar», en *R.C.D.I.*, núm. 726, Julio – 2011, pág. 1929. Salvo que en el art. 899 del Proyecto de Código Civil de 1851 se aludía al difunto en vez de al testador. Es importante destacar que en la previamente mencionada Propuesta de Código Civil para España, la A.P.D.C. aclara los contornos de la modalidad de partición, total o parcial, realizada por el causante, la distingue de las meras normas particionales y determina cuál de las cláusulas, dispositivas o las particionales, prevalecerá, de surgir alguna contradicción entre ellas, ya sea que la partición se realice en el mismo acto testamentario o en acto separado. La nueva redacción sugerida para dicho precepto, numerada como el art. 468-51, es la siguiente: «1. El causante puede hacer la partición de sus bienes, o de una parte de ellos en el mismo acto de disposición *mortis causa* en el que ordene su sucesión o en un acto separado sin sujeción a forma determinada. Puede también establecer reglas vinculantes para la partición. 2. Si la partición se hace en el mismo acto en que se dispone de la herencia y resulta alguna contradicción entre las cláusulas dispositivas y las particionales, prevalecen estas sobre aquellas. Si se hace en acto separado prevalecen las cláusulas dispositivas, a menos que sean revocables y puedan ser efectivamente revocadas mediante la forma adoptada para el acto de partición». ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, «Exposición de Motivos», en *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, S. A. y Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 2018, págs. 194 - 195; CARBALLO FIDALGO, M., «Título VI. De las Sucesiones, Capítulo VIII. De la Adquisición de la Herencia, Sección 4ª», en *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, S. A. y Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 2018, pág. 619; VV.AA., «Exposición de Motivos», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, (coord.) M. A. Parra Lucán, Mayo, 2017, [www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20CUARTO%20-%20tercer%20borrador%20\(mayo%202017\).pdf](http://www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20CUARTO%20-%20tercer%20borrador%20(mayo%202017).pdf), última consulta el 12 de julio de 2017, pág. 24, «Artículo 468-50», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, ibíd., pág. 109.

embargo, para propósitos de este trabajo se destacarán aquellas que, de alguna manera, afectan a la aplicación de la facultad que el legislador le concede al testador en el párrafo segundo del art. 1056 del CC.

De entrada, es preciso señalar que de la interpretación de este primer apartado se pueden deducir varias reglas y efectos relacionados con la partición testamentaria, que han resultado ser apoyadas tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencial. Primeramente, destacar que se trata de una verdadera partición y no de una simple norma particional. Tal aclaración es muy importante porque con la partición realizada por el testador el beneficiado de la asignación de los bienes adquiere la titularidad exclusiva sobre estos, según se define en el art. 1068 del CC, desde el justo momento de su aceptación de la herencia.<sup>36</sup> Esto implica que a través de esta variante de partición no es que se pone fin a la comunidad hereditaria, sino que se evita su nacimiento, al menos entre los bienes que han sido divididos y adjudicados por el testador. Hay una variedad de autores que coinciden con esta apreciación al indicar que «[l]a primacía de la voluntad del *de cuius*, ley de la sucesión, justifica la imperatividad de la distribución del caudal por él ordenada que, en puridad, impide la formación de una comunidad hereditaria a su muerte, transmitiendo *recta vía* la titularidad de los bienes a sus adjudicatarios».<sup>37</sup> Debido a lo señalado, el beneficiado con la

---

<sup>36</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, (dir.) J. Pérez De Vargas Muñoz, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 906 y 916; DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, Ed. La Ley, 3ª edición, Madrid, 2011, pág. 434; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, pág. 1425. Véase, además, STS núm. 1014 de 4 de noviembre de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/5891); STS de 21 de julio de 1986, Sala Civil, (RJ 1986/4575); RDGRN núm. 7818 de 5 de julio de 2016, (RJ 2016/4254); RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, (RJ 2016/3227); RDGRN núm. 3014 de 3 de marzo de 2015, (RJ 2015/5556); RDGRN núm. 8090 de 16 de junio de 2014, (RJ 2014/4179); RDGRN núm. 8085 de 12 de junio de 2014, (RJ 2014/ 4616); RDGRN núm. 1193 de 8 de enero de 2014, (RJ 2014/1542); RDGRN núm. 12449 de 1 de agosto 2012, (RJ 2012/10381).

<sup>37</sup> CARBALLO FIDALGO, M., «Comentario al Art. 1056 del Código Civil», en *E.C.L.C.*, Septiembre – 2011, págs. 1 y 2. FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *op. cit.*, pág. 261, apoya este criterio porque entiende que la finalidad de esta tipología de partición es «...evitar la situación de comunidad hereditaria, porque desde la muerte del testador cada heredero es titular, en propiedad exclusiva o en proindiviso de los bienes o derechos concretos que integran la sucesión». En ese sentido, es el parecer de esta autora que «[l]os bienes partidos por el testador no llegan nunca a ser comunes de los herederos». Un dato importante que, correctamente añade esta autora, es que la comunidad hereditaria, además, puede evitarse a través de la forma en que el testador elabore sus disposiciones testamentarias. En concreto, mediante las instituciones *ex re certa* o el reparto de todo su caudal hereditario a través de la asignación de legados de bienes específicos y determinados. Véase, además, MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1425, «Tema V: Partición y Colación», en *Derecho de Sucesiones*, R. Bercovitz Rodríguez – Cano (coord.), Ed. Tecnos (Grupo Anayas, S. A.), Madrid, 2009, pág. 208; CREMADES GARCÍA, P., «La Partición Hecha por el Testador con Actos *Inter vivos*», en *R.D.P.*, Septiembre – Octubre 2015, pág. 5. Refiérase, también, a la STS núm. 30 de 26 de enero de 2012, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2012/1904); STS núm. 395 de 22 de mayo de 2009, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2009/3038); STS núm. 1014 de 4 de noviembre de 2008, *supra.*; STS núm. 641 de 15 de junio de 2006, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/3538).

adjudicación puede, en caso de ser necesario, instar una acción de reivindicación ante aquel que tenga la posesión de hecho sobre los bienes que le fueron adjudicados.<sup>38</sup>

En cambio, mediante las normas particionales el testador solo manifiesta su voluntad vinculante de que, cuando llegue el momento de la partición, ciertos bienes sean atribuidos a alguna persona en particular.<sup>39</sup> Esta circunstancia fáctica, también, se manifiesta cuando el testador, en base a la facultad que le provee el art. 1056.1 del CC, en su testamento adjudica algunos de sus bienes entre sus herederos, dispone que el resto de su caudal sea distribuido equitativamente entre ellos y nombra un contador partidor para que realice las operaciones particionales. Ante este contexto, se ha entendido que las adjudicaciones efectuadas por el testador, aunque deben respetarse, siempre que cumplan con la ley, no pueden considerarse como una partición, sino más bien como una norma particional.<sup>40</sup> Bajo esta modalidad persiste la comunidad hereditaria porque el adjudicatario no adquiere la propiedad sobre los bienes hasta que, eventualmente, el contador partidor, por virtud del art. 1057 del CC, o los herederos y legatarios de parte alícuota, conforme a la partición convencional que prevé el art. 1058 del CC, efectúe(n) la partición del caudal relicto, teniendo en cuenta lo dispuesto por el testador, por ser obligatorio, siempre que no sea contrario a la ley.<sup>41</sup>

La provisionalidad es una característica de la partición del testador que resulta coherente con su propia naturaleza. Esta se puede manifestar por diversas circunstancias: (1) si en la partición el testador no respetó la legítima; (2) si el propio testador revoca la partición realizada; (3) si la partición incluye bienes que, legítimamente, dejaron de formar parte del patrimonio del testador, previo a su muerte; (4) si no se incluyeron bienes que pasaron a

---

<sup>38</sup> STS de 21 de julio de 1986, *supra*. Refiérase, además, a MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056...», *op. cit.*, pág. 1425; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 916; CREMADES GARCÍA, P., «La Partición Hecha por el Testador con Actos *Inter vivos*», *op. cit.*, pág. 5; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», en *R.J.N.*, núm. 50, Abril – Junio 2004, pág. 124.

<sup>39</sup> STS núm. 395 de 22 de mayo de 2009, *supra*.; STS núm. 805 de 7 de septiembre de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/6395). Refiérase, también, a la RDGRN núm. 6126 de 5 de abril de 2019, (RJ 2019/1466); RDGRN núm. 7818 de 5 de julio de 2016, *supra*.; RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, *supra*.; RDGRN núm. 3014 de 3 de marzo de 2015, *supra*.; RDGRN núm. 8090 de 16 de junio de 2014, *supra*.; RDGRN núm. 8085 de 12 de junio de 2014, *supra*.; RDGRN núm. 1193 de 8 de enero de 2014, *supra*.; SAP de Madrid de 19 de enero de 2002, Sección 10ª, (JUR 2002/72785).

<sup>40</sup> STS de 8 de marzo de 1989, Sala Civil, (RJ 1989/2023); STS de 9 de marzo de 1961, Sala Civil, (RJ 1961/945). Refiérase, también, a: CREMADES GARCÍA, P., «La Partición Hecha por el Testador con Actos *Inter vivos*», *op. cit.*, pág. 8; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Tema V: Partición y Colación», *op. cit.*, pág. 209; RDGRN núm. 6126 de 5 de abril de 2019, *supra*.; RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, *supra*.

<sup>41</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, *op. cit.*, pág. 434 y 435; CARBALLO FIDALGO, M., «Comentario al Art. 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2. Véase, además, STS núm. 395 de 22 de mayo de 2009, *supra*.; STS núm. 641 de 15 de junio de 2006, *supra*.; RDGRN núm. 8085 de 12 de junio de 2014, *supra*.; RDGRN núm. 1193 de 8 de enero de 2014, *supra*.

formar parte del patrimonio del testador, luego de realizar el acto particional; (5) si por olvido o intención algunos bienes fueron excluidos de la partición.<sup>42</sup>

Es importante enfatizar que no es necesario que el testador distribuya todos sus bienes para que efectivamente se trate de una verdadera partición.<sup>43</sup> Incluso, podría ser solo una partición parcial, siempre que así surja de la voluntad del testador y que sus disposiciones testamentarias al respecto impliquen que ha hecho una partición.<sup>44</sup> Así lo ha entendido el TS al expresar que «[n]o es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante[, puesto que] [c]abe una partición adicional de los no comprendidos en ella, ya que al tiempo de hacer testamento, el testador no puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión».<sup>45</sup>

Tampoco es requerido que el testador al hacer la partición realice todas las operaciones particionales. Precisamente, a esta conclusión llegó el TS cuando tuvo ante su consideración un caso en el que se alegaba que el art. 1068 del CC no podía aplicarse a la partición que realizaron unos padres, en sus respectivos testamentos, porque dicha distribución de los bienes entre sus hijos no cumplía con todas las operaciones que ordinariamente integran una partición. En específico, el más alto tribunal resolvió que los efectos del art. 1068 del CC resultan aplicables a una partición hecha por el testador, «...sin perjuicio ... de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la

---

<sup>42</sup> CREMADES GARCÍA, P., «La Partición Hecha por el Testador con Actos *Inter vivos*», *op. cit.*, pág. 7.

<sup>43</sup> Esta afirmación es coherente con el texto del art. 1079 del CC que establece que «[l]a omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos».

<sup>44</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 908, 910 y 914. Véase, además, MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1424, «Tema V: Partición y Colación», *op. cit.*, pág. 208; SAP de Asturias, núm. 109, de 11 de abril de 2016, Sección 1ª, (AC 2016/875); SAP de Madrid de 19 de enero de 2002, *supra*.

<sup>45</sup> STS núm. 1014 de 4 de noviembre de 2008, *supra.*; la STS de 15 de febrero de 1988, Sala Civil, (RJ 1988/1987); STS de 6 de marzo de 1945, Sala Civil, (RJ 1945/272). Aunque, en términos de la partición de la herencia en general, el TS ha expresado que su complemento o adición es viable si los bienes que se omitieron son de poca importancia en el conjunto de la herencia. Igualmente, este proceder aplica si la ocultación de los bienes no fue producto de la intención, el fraude o la mala fe. Distintamente, si fue deliberada la ocultación de bienes que debieron incluirse en la herencia, entonces, se consideraría como una causa de nulidad de la partición. (Refiérase a: STS de 22 de junio de 1948, Sala Civil, (RJ 1948/1107); STS de 31 de mayo de 1980, Sala Civil, (RJ 1980/2724); STS núm. 1093 de 7 de noviembre de 2006, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/9165); STS núm. 540 de 12 de junio de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/4688)). En términos específicos, el máximo tribunal ha expuesto que una partición realizada por el testador puede ser anulable si este cometió un error sustancial al valorar los bienes. STS de 26 de noviembre de 1974, Sala Civil, (RJ 1974/4490).

propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde el momento de la muerte del testador...».<sup>46</sup>

De manera que basta con que el testador al hacer la partición testamentaria, y aun tratándose de una partición parcial, realice aquellas operaciones particionales que son esenciales para que se produzca la distribución de los bienes, es decir, dividir y adjudicar.<sup>47</sup> Igual parecer se mantiene al estimar que «...las adjudicaciones de bienes, derechos y deudas realizadas por el causante, agoten o no el caudal y vayan o no precedidas de las operaciones particionales típicas, deben ser equiparadas a la partición en sus efectos traslativos directos, diferenciándose de aquellas disposiciones que, por carecer de tal eficacia, operan como directrices en la práctica de la partición futura».<sup>48</sup> Claro, es necesario establecer la salvedad

---

<sup>46</sup> STS de 21 de julio de 1986, *supra.*; Véase, también, la STS núm. 1014 de 4 de noviembre de 2008, *supra.*; SAP de Asturias, núm. 109, de 11 de abril de 2016, *supra.*; SAP de Madrid de 19 de enero de 2002, *supra.*; RDGRN núm. 7818 de 5 de julio de 2016, *supra.*; RDGRN núm. 3014 de 3 de marzo de 2015, *supra.*; RDGRN núm. 8090 de 16 de junio de 2014, *supra.*; RDGRN núm. 12449 de 1 de agosto 2012, *supra.*; CARBALLO FIDALGO, M., «Comentario al Art. 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2. Sin embargo, es necesario destacar que en una sentencia emitida por el TS, el más alto foro expresó que la «regla de oro» para distinguir si estamos ante una partición hecha por el testador o una norma particional es que en el primer caso la distribución de los bienes del caudal relicto debieron cumplir con todas las operaciones particionales, es decir: (1) inventario, (2) avalúo, (3) liquidación y (4) formación de lotes. STS núm. 805 de 7 de septiembre de 1998, *supra.* Al analizar esta sentencia, DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 913 – 914, comenta que tales expresiones del TS son *obiter dicta* al no ser fundamento del fallo judicial. Igualmente, esta autora, al criticar esta determinación puntualiza en lo siguiente: «De aplicarse esa denominada “regla de oro” estrictamente impediría en la práctica que el testador pudiera llevar a cabo su propia partición, al menos de una partición completa. Lo cual evidentemente choca frontalmente con lo que dispone el art. 1056,1 CC. Si el testador hace inventario de sus bienes, salvo que el momento en que lo finalice sea el de su muerte, lo más fácil es que éste sea incompleto (bien por que ha olvidado incluir un bien, o por que lo ha adquirido por cualquier título en un momento posterior al del inventario), o erróneo por que alguno de los bienes que existían en el patrimonio del testador al hacer el inventario ya no forman parte de él en el momento de su fallecimiento. Algo parecido ocurre con el avalúo de los bienes y derechos hereditarios, pues el testador les dará el valor que puedan tener al momento de otorgar el testamento que puede ser muy diferente al que les corresponda al hacer la partición. Respecto de la liquidación ya he dicho más arriba que ni siquiera puede calificarse de operación particional en sentido estricto, pues se pueden dejar las deudas pendientes. Partir es dividir, no liquidar. Téngase en cuenta que en ningún precepto del Código Civil se exige la realización para la partición de todas esas llamadas “operaciones particionales”, y mucho menos cuando es el propio testador quien realiza su partición, y ello porque todas esas operaciones no son esenciales en este tipo de partición. Las que no pueden obviarse son las de formación de lotes y adjudicación de los mismos».

<sup>47</sup> DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 909 y 914; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1425. CREMADES GARCÍA, P., «La Partición Hecha por el Testador con Actos *Inter vivos*», *op. cit.*, págs. 7 y 9, al coincidir con este análisis, comenta que hay una verdadera partición realizada por el testador cuando ante una asignación previa de las cuotas a los herederos, se realiza una distribución de los bienes para llenarlas. Esto unido a la intención expresa o implícita del testador de que se pase por ella y no se realice una nueva partición. Lo que conllevará interpretar la voluntad testamentaria, sin el criterio subjetivo y parcializado de los herederos.

<sup>48</sup> CARBALLO FIDALGO, M., «Comentario al Art. 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 3. A tal conclusión llega esta autora, a pesar de que considera que el TS ha mantenido una inconsistente noción jurisprudencial en torno a lo que significa una verdadera partición testamentaria y a la viabilidad o no de que esta pueda aplicarse ante una partición parcial. CARBALLO FIDALGO, M., «Comentario al Art. 1056 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 2 - 3.

de que la verdadera partición testamentaria, sea parcial o total, sugiere la distribución de los bienes hereditarios de acuerdo a las cuotas de cada heredero y, por el contrario, no tiene nada que ver con las adjudicaciones que el testador realiza a cuenta de la porción hereditaria previamente fijada.<sup>49</sup>

Otras ventajas de esta modalidad de partición es, por un lado, que la misma está exenta de cumplir con el principio de homogeneidad de lote que se regula en el art. 1061 del CC. Esto significa que el testador puede estructurar la composición de los lotes de bienes de la forma que mejor entienda, sin estar sometido, de ninguna manera, al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima.<sup>50</sup> Por otro lado, impide que los herederos puedan acudir al recurso de la venta en pública subasta, según se viabiliza en el art. 1062 del CC, ante el supuesto de un bien indivisible asignado a uno de ellos en particular.<sup>51</sup> Además, según el art. 1070.1 del CC, a este tipo de partición no le resulta aplicable la obligación recíproca de evicción y saneamiento entre los coherederos. Esta norma general solo se excepciona ante la vulneración de la legítima o si del testamento surge o razonablemente se presume que el testador quería que dicha obligación fuera aplicable.

Son dos los límites que el legislador establece a la partición realizada por el testador. Primero, que los bienes distribuidos por el testador sean de su titularidad al momento de su muerte.<sup>52</sup> Aunque, el TS validó la partición que un matrimonio realizó de sus bienes gananciales, en sus respectivos testamentos, redactados simultáneamente y con idéntico contenido, considerando, igualmente, permisible la disposición que establecía que la sociedad conyugal se mantendría indivisa hasta que falleciera el último cónyuge.<sup>53</sup> Segundo, que la

---

<sup>49</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico de la Legítima en el Código Civil», *op. cit.*, pág. 962. Véase, además, la STS núm. 395 de 22 de mayo de 2009, *supra.* y la RDGRN núm. 8085 de 12 de junio de 2014, *supra.*

<sup>50</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1424; DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 909. Véase, además, la STS de 6 de marzo de 1945, *supra.*

<sup>51</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1424, refiriéndose a la STS de 28 de junio de 1961, (RJ 1961/2748); DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 909. Refiérase, también, a la STS de 6 de marzo de 1945, *supra.*

<sup>52</sup> STS núm. 668 de 14 de julio de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/3361); STS núm. 641 de 15 de junio de 2006, *supra.*; STS núm. 805 de 7 de septiembre de 1998, *supra.*; STS de 18 de marzo de 1991, Sala Civil, (RJ 1991/2264); STS de 7 de diciembre de 1988, Sala Civil, (RJ 1988/9301). Véase, además, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, *op. cit.*, pág. 436; SAP de A Coruña, núm. 223 de 10 de julio de 2013, Sección 6ª, (AC 2013/1645); SAP de Madrid de 19 de enero de 2002, *supra.*; SAP de Toledo, núm. 429, de 22 de noviembre de 1999, Sección 1ª, (AC 1999/2320).

<sup>53</sup> STS núm. 1186 de 21 de diciembre de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/9756). Véase, además, STS de 21 de julio de 1986, *supra.*; SAP de Toledo, núm. 429, de 22 de noviembre de 1999, *supra.* De igual manera, es preciso



asignación no afecte las legítimas o que surja que respecto a la partición realizada otra era la voluntad del testador.<sup>54</sup> La primera parte de este límite se refiere al hecho de que el testador al dividir y adjudicar sus bienes no puede vulnerar el principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima.<sup>55</sup> Si no se da ninguno de los supuestos contenidos en esta segunda limitación, la partición hecha por el testador se considerará válida y eficaz, a pesar de que exista disparidad entre la cuota instituida al heredero y el valor de los bienes que han sido

---

indicar que el TS ha resuelto que de no darse el supuesto de hecho de este caso, si el testador dictó una norma particional mediante la cual ordenó la distribución de un bien que no le pertenecía porque aún no se había liquidado la sociedad de gananciales, la eficacia de dicha norma quedará supeditada a que el bien le sea atribuido en el momento en que esta sea dividida. STS núm. 668 de 14 de julio de 2008, *supra*. Sobre otras maneras de realizar particiones conjunta de bienes gananciales, FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio: Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, op. cit., pág. 269, señala que estas pueden efectuarse «...en pactos conyugales de preliquidación de la sociedad conyugal, realizados en capitulaciones matrimoniales, difiriendo su eficacia al fallecimiento de uno de ellos». Igualmente, que estas pueden realizarse a través de «...documentos de ejecución de protocolo familiar o en el protocolo mismo, que si bien instrumentalmente pueden ser capitulaciones o testamentos (también donaciones de las previstas en el art. 1341 o contratos onerosos con terceros de los previstos en el artículo 827 CC) casualmente son supuestos de partición por el testador coordinados, en su caso, con el artículo 1271.2, en nueva redacción».

<sup>54</sup> Tal afirmación es coherente con el texto de los arts. 1070.1 y 1075, ambos del CC.

<sup>55</sup> STS núm. 31 de 29 de enero de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/229); STS de 20 de noviembre de 1990, Sala Civil, (RJ 1990/8990). De verse afectada su legítima o surja que era otra la voluntad del testador, conforme al art. 1075 del CC, los legitimarios tienen la potestad de presentar una acción de impugnación. Refiérase a la STS núm. 1014 de 4 de noviembre de 2008, *supra*.; STS núm. 1186 de 21 de diciembre de 1998, *supra*.; STS de 21 de julio de 1986, *supra*.; STS de 6 de marzo de 1945, *supra*.; SAP de Burgos, núm. 64, de 7 de febrero de 2007, Sección 3ª, (JUR 2007/138732); RDGRN núm. 1193 de 8 de enero de 2014, *supra*. Respecto a la lesión a la legítima, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo VI, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 7648, aclara que la acción de rescisión puede instarse sin importar el grado o alcance del daño causado, incluso, aun siendo este uno ínfimo. A tales efectos, este considera que a la lesión de la legítima provocada por la partición que realizara el testador, no le resulta aplicable el contenido del art. 1074, que establece como límite para activar una acción por rescisión el que la vulneración a esta sea de más de una cuarta parte del valor de lo atribuido. Esta acción rescisoria a la que pueden acudir los legitimarios si la partición del testador les vulnera su legítima, no solo es una de carácter personal sino que, conforme al art. 1077 del CC, la satisfacción del perjuicio que se pretende subsanar puede proveerse a través de efectivo. Sobre este asunto, el TS ha expresado que ante el agravio de su legítima, el heredero puede instar, en contra del contador partidor y sus operaciones particionales, una acción de nulidad por falsedad o vicios concurrentes o una por rescisión, en base al art. 1074 del CC, si sus intereses fueron lesionados. Bajo este segundo trámite judicial, procederá la corrección de la partición aunque el daño a la legítima no exceda de la cuarta parte que dispone el art. 1074 del CC, al tratarse de una institución de derecho necesario y de rigurosa inviolabilidad. Para rectificar el daño, el heredero demandado podrá optar entre realizar una nueva partición o indemnizar al afectado con efectivo o con la misma naturaleza del bien en que se perjudicó, según establece el art. 1075 del CC. STS de 31 de mayo de 1980, Sala Civil, *supra*. CARBALLO FIDALGO, M., «Artículo 1056», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, (dirs.) A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández y (coord.) P. De Pablo Contreras, Ed. Aranzadi, S.A., 2ª edición, Navarra, 2016, pág. 1664, discrepa de la conclusión del TS, a nuestro parecer con un razonamiento lógico con el que coincidimos. Esta autora argumenta que el art. 1056.1 del CC no cae bajo los supuestos que excepcionan el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, por lo cual, es improcedente que se confiera al demandado por lesión la alternativa de abonar la legítima de los demandantes en efectivo no hereditario. Significa que los legitimarios mantienen su derecho a recibir su porción legal en bienes hereditarios, aunque como la partición la realiza el testador estará exento de la aplicación del principio de homogeneidad de lotes que se establece en el art. 1061 del CC. Es decir, el testador podrá adjudicarle a sus sucesores bienes de diferente naturaleza, calidad o especie.

destinados para compensar las mismas.<sup>56</sup> No obstante, sobre este aspecto se ha puntualizado que solo se podrá cuestionar la partición si existe una discrepancia importante entre lo que en esta se atribuyó y lo que se dispuso en el testamento. Ante este contexto, a pesar de que no se haya lesionado la legítima, podrá instarse una acción de impugnación para que la partición sea declarada nula. Una partición realizada de esta manera no cumple con su «función distributiva» ni alcanza el balance requerido entre lo dispuesto y lo asignado por el testador.<sup>57</sup> De ahí que se haya planteado que ante incompatibilidades entre lo dispositivo y lo particional, prevalecerá lo primero sobre las inconsistencias de lo segundo.<sup>58</sup>

Ante lo mencionado, es indiscutible que, como indica el art. 1056.1 del CC, si la partición realizada por el testador no contraviene uno de sus límites que es el respecto a las legítimas, entonces, esta es válida y eficaz. Por tanto, su efecto, analizando en conjunto los artículos 1056.1 y 1068 del CC, es imperativo, concluyente y no da lugar a que se promueva el juicio de testamentaría o, lo que es lo mismo, a interponer el procedimiento de división de la herencia que está dispuesto en los arts. 782 al 805 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 2000. Esto porque sería incongruente que habiendo una partición testamentaria se pretendiera instar una acción judicial cuya única finalidad es que se practique una partición con todas sus fases operacionales.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> STS núm. 115 de 18 de marzo de 2010, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2010/2409); STS núm. 31 de 29 de enero de 2008, *supra*. Refiérase, también, a HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 124 y a DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, págs. 910 y 911, donde se añade que, más aún, se mantendrá la partición del testador si este advierte que de suscitarse divergencia entre la cuota y el valor de los bienes asignados es porque así lo quiso. Igualmente, esta autora entiende que prevalecerá la adjudicación sobre las cuotas, si el testador aclara que la cuota hereditaria que le asigna a los herederos será la que resulte de la suma de los bienes donados y los atribuidos por testamento.

<sup>57</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7637. Este autor clarifica aún más su parecer al expresar: «A nosotros nos interesa recalcar que si los herederos han intervenido y consentido en la partición, se puede decir que ese consentimiento hace válida y eficaz la partición, nosotros estamos de acuerdo con esa interpretación, que vendría a confirmar que el consentimiento prestado por los herederos a la partición, la dota de una especial eficacia que está perfectamente justificada para atender a las propias finalidades de la figura, que es precisamente evitar los litigios y discusiones entre los coherederos». ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, pág. 7641. Véase, además, DE LOS MOZOS, J. L., «La Partición de la Herencia por el Propio Testador», en *R.D.N.*, núm. 27, Enero – Marzo 1960, págs. 188 y 190.

<sup>58</sup> HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 109. Refiérase, además, a SAP de Asturias, núm. 455, de 27 de septiembre de 2001, Sección, 5ª, (AC 2001/1945).

<sup>59</sup> STS núm. 1014 de 4 de noviembre de 2008, *supra*. Refiérase, además, a MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al Artículo 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1425, citando a la STS de 28 de junio de 1961, (RJ 1961, 2748); STS de 17 de octubre de 1960, (RJ 1960/3423); DÍAZ ALABART, S., «La Protección Económica de los Discapacitados a través del Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 916; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico de la Legítima en el Código Civil», *op. cit.*, pág. 864, citando a la STS de 27 de noviembre de 1896 y una resolución de 26 de noviembre de 1922; HUERTA TRÓLEZ, A., «La Empresa Familiar ante el Fenómeno Sucesorio», *op. cit.*, pág. 124.

Un punto importante que es necesario aclarar es que aunque el texto del primer párrafo del art. 1056 del CC menciona que se puede manifestar el fenómeno de una partición *inter vivos*, circunstancia que también se valida en el art. 1271.2 del CC<sup>60</sup>, que favorece los contratos sobre herencia futura que estén relacionados con la división del caudal relicto, su naturaleza o esencia no tiene nada que ver con un acto *inter vivos*, sino que, fundamentalmente, es un acto *mortis causa* que tiene eficacia cuando fallece el testador.<sup>61</sup> Precisamente por ello, «[l]a partición a que se refiere el art. 1056 exige siempre la existencia de un testamento, aunque pueda formalizarse en documento independiente y con la forma de un acto entre vivos, pero recibe su fuerza del testamento (anterior o posterior) que a ella se refiera para confirmarla, de suerte que si el testamento consiguiente se revoca, la partición, formalmente independiente, queda igualmente revocada».<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Para un estudio más detallado sobre la problemática en torno a la interpretación del significado de los actos particionales *inter vivos* a los que se hace referencia en el art. 1056.1 del CC y su relación con el contenido del art. 1271.2 del CC, pueden verse los siguientes escritos: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1056», *op. cit.*, págs. 7638 – 7648, «Algunos Aspectos de la Eficacia y el Régimen Jurídico de la Partición Hecha por el Testador. Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999», en *ADC*, 2000, págs. 269 y ss.

<sup>61</sup> STS núm. 30 de 26 de enero de 2012, *supra.*; STS de 6 de marzo de 1945, *supra.*; SAP de Ourense, núm. 57 de 25 de febrero de 2014, *supra.*; SAP de Madrid de 19 de enero de 2002, *supra.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, págs. 433 – 434, coincide con este análisis al comentar que «...la partición hecha extratestamentariamente por el testador, aunque el Código Civil la llame entre vivos, es, en realidad, *mortis causa* y, dentro de esta categoría, de última voluntad. Ni es transmisible de bienes en vida de su autor, ni es vinculante para éste, que puede libremente revocarla aunque innecesaria e inútilmente concurren los herederos e interesados, para los que es irrelevante, inexistente e inatacable en vida del testador autor». Véase, también, a la STS de 6 de marzo de 1945, *supra.* Una opinión parecida mantiene MILLÁN SALAS, F., *op. cit.*, págs. 1192 y 1196 – 1197, al señalar: «Lo que el Código Civil quiere decir con la expresión “inter vivos” del artículo 1056 es que el testador puede hacer la partición de sus bienes en documento no testamentario. La partición hecha por el testador entre vivos es un acto *mortis causa*, en cuanto que la situación jurídica se forma desde el mismo momento de la muerte del testador. Es unilateral y de última voluntad, es relevante solo para su autor. La partición hecha por el testador es una ejecución de lo dispuesto en el testamento. Lo partitivo está subordinado a lo dispositivo. La partición realizada por acto entre vivos tiene que tener su apoyo en un testamento y al ser éste esencialmente revocable, la partición, al estar subordinada, también será revocable por otorgar el testador nuevo testamento. Por lo tanto, la partición hecha por el testador entre vivos es un acto *mortis causa* unilateral de última voluntad con eficacia diferida al tiempo de abrirse la sucesión y directamente revocable». Además, este autor destaca que la referencia al acto particional inter vivos tiene que ver con «...pactos accesorios [que] pueden consistir en la entrega a un presunto heredero de la explotación económica en arrendamiento o en usufructo, o la constitución de un usufructo de acciones de sociedades de capital a favor de un presunto heredero». De acuerdo a este autor, estos pactos accesorios quedan sujetos a la partición y son permitidos por el art. 1271.2 del CC. Por lo que, estos se hacen a favor de aquel al cual el testador beneficiará con la asignación de la empresa o las participaciones de la sociedad o sociedades de capital.

<sup>62</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de ...*, *op. cit.*, págs. 432 – 433. Véase, además, MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Tema V: Partición y Colación», *op. cit.*, pág. 208; STS de 6 de marzo de 1945, *supra.*; SAP de Ourense, núm. 57, de 25 de febrero de 2014, Sección 1ª, (JUR 2014/71980); SAP de Ourense de 5 de marzo de 2007, Sección 1ª, (JUR 2007/173745); SAP de Ourense de 6 de febrero de 2004, Sección 2ª, (AC 2004/223); SAP de Ourense de 22 de junio de 2001, Sección 2ª, (AC 2001/1377); SAP de Toledo, núm. 429, de 22 de noviembre de 1999, *supra.*; RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, *supra.*; RDGRN núm. 3014 de 3 de marzo de 2015, *supra.*; RDGRN núm. 1193 de 8 de enero de 2014, *supra.* Puede tratarse de cualquier forma de testamento regulada en el CC.

Bajo este contexto, se opina que la denominada partición entre vivos no es más que un acto complementario del testamento, que viene a ser el negocio principal.<sup>63</sup> En otras palabras, la partición extratestamentaria, al ser accesoria, se integra al negocio esencial del testamento para ejecutar las disposiciones testamentarias. Se considera que «...la alusión por el art. 1056 al acto entre vivos no tendría otro alcance que el de dispensar a la partición de la necesidad de ajustarse a las solemnidades testamentarias, sin afectar a las reglas rectoras de la capacidad para partir (comunes a la capacidad para testar: arts. 663 y 665 CC), al carácter esencialmente personalísimo del acto ni, muy especialmente, a su eficacia claudicante, como acto de última voluntad libremente revocable».<sup>64</sup>

El TS ha validado esta perspectiva en varias de sus sentencias. No obstante, en una de ellas, el más alto tribunal resume, muy bien y claramente, su criterio al manifestar que el hecho de que el patrimonio del testador sea repartido a través de un acto *inter vivo* no le confiere la fuerza de un contrato ni, por lo tanto, lo hace vinculante ante el causante. Esto debido a que el acto particional solo tiene efectos «distributivo-traslativos» a la muerte del testador. Precisamente, por esto, se le considera solo como complemento del acto testamentario. Entonces, como es de todos conocido, para poder adquirir *mortis causa* debe haberse producido el fallecimiento del causante. Por lo cual, el testador tendrá plena y total libertad para modificar su voluntad dispositiva y particional todas las veces que lo entienda conveniente y hasta el justo momento de su muerte.<sup>65</sup> Es imperativo puntualizar que lo resuelto por el TS no está supeditado al hecho de que los potenciales participantes de la herencia del testador no hayan intervenido en el acto particional *inter vivos*. Por el contrario, el más alto tribunal ha establecido que «...la concurrencia de los hijos [en el acto particional realizado anticipadamente por el padre] no tiene más trascendencia que la de prestar al mismo su asentimiento moral...».<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> CARBALLO FIDALGO, M., «Comentario al Art. 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1.

<sup>64</sup> CARBALLO FIDALGO, M., «Comentario al Art. 1056 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1. Véase, además, a SAP de Ourense de 22 de junio de 2001, *supra*.

<sup>65</sup> STS núm. 143 de 23 de febrero de 1999, Sala Civil, (RJ 1999/1851). Véase, además, STS núm. 1169 de 15 de diciembre de 2003, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2004/74); STS de 9 de julio de 1940, Sala Civil, (RJ 1940/693); SAP de Ourense de 5 de marzo de 2007, *supra*.; SAP de Ourense de 6 de febrero de 2004, *supra*.; SAP de Ourense de 22 de junio de 2001, *supra*.

<sup>66</sup> STS de 6 de marzo de 1945, *supra*. Véase, también, a la STS de 9 de julio de 1940, *supra*.; SAP de Ourense de 22 de junio de 2001, *supra*.; SAP de Toledo, núm. 429, de 22 de noviembre de 1999, *supra*.

## ANEXO C

### MECANISMOS PROTECTORES DE LA LEGÍTIMA VULNERADA CUYA APLICACIÓN PUEDE OCASIONAR QUE ESTA SEA PAGADA AL LEGITIMARIO EN BIENES EXTRAHEREDITARIOS

El pago en metálico de la legítima no solo es viable a través de los preceptos discutidos en cada uno de los capítulos incluidos en la tesis. En este aspecto se coincide, plenamente, con el planteamiento de que podían, y pueden, suscitarse otras circunstancias que están consideradas en varios artículos del Código Civil y que a los legitimarios le sirven, y servirían, como mecanismos protectores de la legítima cuando esta ha sido vulnerada.<sup>67</sup> Precisamente, es el funcionamiento o la aplicabilidad de estos medios de protección los que inciden en la intangibilidad cualitativa de la legítima. Esto debido a que al acudir a ellos para cobrar su legítima, el legitimario tendrá un impacto en la manera en que recibirá el pago de la misma, que podrá ser a través de metálico extrahereditario. Sobre esta consideración, es importante enfatizar que «...los mecanismos de protección se ponen en marcha sólo si el legitimario quiere, lo cual también nos indica que el derecho a la legítima es un derecho subjetivo para el legitimario – o se le parece mucho –, ya que el ordenamiento pone al arbitrio de éste su ejercicio y su defensa».<sup>68</sup>

A pesar de haber en el ordenamiento jurídico español diversos mecanismos protectores de la legítima que se activan para resolver una variedad de supuestos de hechos por los que puede pasar el legitimario, aquí solo se destacarán, y de forma somera, algunos de ellos. Primero, se atenderá la circunstancia en la que el testador realizó una donación colacionable en beneficio de un legitimario. Ante esta particularidad, como se verá más adelante, los restantes herederos forzosos, al aplicarse las normas relacionados con la figura jurídica de la colación<sup>69</sup>, se verán probablemente compelidos a aceptar el pago de su legítima o una parte

---

<sup>67</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, Ed. Civitas, S.A., 1ª edición, Madrid, 1988, págs. 105 – 138, *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1988, págs. 467 - 502.

<sup>68</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, págs. 105 – 106, citando a DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España, Parte General*, I, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, págs. 640 y ss., *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, *op. cit.*, pág. 468.

<sup>69</sup> Para facilitar la comprensión del mecanismo protector de la colación, es preciso destacar algunos lineamientos entorno a esta figura jurídica y su contraste con la institución de la reunión ficticia del patrimonio del causante para efectos de computar la legítima de los legitimarios. La colación es una de las operaciones de la partición hereditaria que viabiliza el integrar a la masa hereditaria del causante el valor del acto de liberalidad que en vida este realizó a favor de un legitimario heredero. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil: Sucesiones*, Ed. Bercal, S.A., 2ª edición, Madrid, 2012, pág. 117, amplia, de forma muy acertada, esta conceptualización al exponer que, además, de ser una operación particional, esta institución jurídica es «una figura de derecho voluntario, en la medida en que ... [esta] no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el

de esta en dinero no hereditario. Segundo, se estudiará la situación en la que al rescindirse la partición por lesión, el legitimario perjudicado no tiene otra alternativa que aceptar que su legítima, total o parcial, sea pagada en metálico extrahereditario por la determinación unilateral del coheredero.

Respecto al primer supuesto, es importante enfatizar que el mecanismo protector de la colación puede manifestarse ante dos contextos particulares: (1) una donación colacionable no inoficiosa, mediante la cual se recibió la totalidad de la legítima o solo una parte de esta, y (2) una donación colacionable inoficiosa. De darse la primera circunstancia, al partir de la premisa de que el sistema de colación del Código Civil es de deducción y no de aportación material de lo donado, puede afirmarse que el legislador tiene el interés de que lo donado se mantenga en las manos del donatario. Tal planteamiento se fundamenta en el contenido del artículo 1045.1 del CC que dispone expresamente que «[n]o han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios». Por lo cual, para que los restantes legitimarios, instituidos también como herederos, alcancen la igualdad que se persigue a través de la figura jurídica de la colación, en primera instancia, estos podrán percibir el equivalente de lo donado al donatario en bienes de la herencia de la misma naturaleza, especie y calidad.<sup>70</sup> De no resultar posible esta

---

caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa (art. 1036 CC)». Para efectos de aclaración, este autor añade que no es lo mismo, aunque de ordinario se confunden, la reunión ficticia del patrimonio del causante para proteger la legítima, que resulta ser una institución de derecho imperativo, y la colación, que está fundamentada en la autonomía de la voluntad del causante. Para que se active la obligación de colacionar, es necesario que la donación o acto de liberalidad del causante haya sido en beneficio de un legitimario heredero y que en la sucesión concurren otros legitimarios instituidos con igual título. Tal apreciación se puede deducir del análisis combinado de los arts. 1035 y 1050 del Código Civil. En lo pertinente, el primer precepto dispone que «[e]l heredero forzoso que concorra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo ... en la cuenta de partición». Mientras, en el segundo artículo se vuelve a resaltar que los coherederos tienen entre sí la obligación de colacionar y el derecho a exigir a que se cumpla con la misma, al expresarse que «[s]i entre [estos] surgiese contienda sobre la obligación de colacionar o sobre los objetos que han de traerse a colación, no por eso dejará de proseguirse la partición, prestando la correspondiente fianza». ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 10ª edición, Madrid, 2013, pág. 191, coincide con esta apreciación al expresar que «[e]n el [Código Civil] están obligados a colacionar y tienen derecho a exigir la colación (pues los sujetos en el tema están, por un lado, obligados ellos y, por otro, facultados para pedir la colación de los demás): cuando son más de uno los legitimarios cuya legítima sea de bienes hereditarios, en propiedad, y que sucedan al causante como herederos partícipes en la comunidad hereditaria». Sobre este particular, este autor enfatiza en lo siguiente: «Luego, no si aun heredando un legitimario juntamente con más sucesores éstos no son legitimarios, o siéndolo no suceden como herederos. Que la colación sea para herederos se sigue de los antecedentes históricos y del espíritu del C.c., y que haya de tratarse de herederos que participen en la comunidad hereditaria, se deduce incluso de un artículo en particular (así del 1.035, in fine, y del 1.050). Entiendo así, que si el heredero lo es en cosa cierta, no cuenta a efectos de colación, y que tampoco cuenta el legatario de parte alícuota ni el cónyuge viudo». En definitiva, esta institución jurídica denominada colación tiene la finalidad de procurar la igualdad o proporcionalidad en las cuotas hereditarias de los coherederos legitimarios, en la medida que ocasiona que el heredero legitimario beneficiado en vida por el causante tome de menos en la herencia de este aquello que le fue adelantado en concepto de su legítima.

alternativa, entonces, estos podrán conseguir esa igualdad proporcional, incluso, hasta con bienes extrahereditarios.<sup>71</sup> Este mecanismo de protección de la legítima se obtiene a través del art. 1048 del CC, que destaca lo siguiente:

«No pudiendo verificarse lo prescrito en el artículo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria.

Cuando los bienes donados fueron muebles, los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en otros muebles de la herencia por el justo precio, a su libre elección».

Sin duda, esta posibilidad infringe el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima en su vertiente de pago de la misma en bienes hereditarios. Esto porque se evidencia que el testador puede apartar ciertos bienes de la herencia, de diversas formas, siendo una de estas la donación en vida, lo que relativiza el derecho de los legitimarios a que se les pague su legítima en determinados bienes del caudal relicto.<sup>72</sup>

Si se tratara de la segunda manifestación del supuesto de hecho, es decir, de una donación inoficiosa colacionable, se debe armonizar la normativa referente a la fijación de la legítima, en lo que respecta a la reducción de las donaciones inoficiosas (arts. 636, 654-656,

---

<sup>70</sup> Art. 1047 del CC.

<sup>71</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., «Casuística Legitimaria en el Régimen del Código Civil», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen 1, 1988, Madrid, pág. 610.

<sup>72</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., pág. 130. Contrariamente, ante la circunstancia de una donación colacionable no inoficiosa mediante la cual el donatario recibe más de lo que le correspondería en la partición, la doctrina científica mayoritaria se ha inclinado a establecer que este no podrá tomar nada de la sucesión, pero tampoco tendría que devolver nada de lo que el causante le donó en vida. Esto por no existir ningún precepto que obligue a reducir las donaciones colacionables no inoficiosas. REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., págs. 128 – 129, citando a ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: Derecho de Sucesiones. Parte General*, tomo V, vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 422; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3, Ed. Bosch, 3ª edición, Barcelona, 1983, págs. 576 – 577; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 185; entre otros. De esta apreciación, igual que otros autores, discrepa VALLET DE GOYTISOLO al entender que todo legitimario instituido como heredero debe colacionar aquella donación colacionable, aunque no reciba nada de la herencia, sino más bien que tenga que restituir el exceso de lo recibido por el causante. Este autor señala que si el heredero legitimario no quiere este resultado tendrá que repudiar la herencia. REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., pág. 129, citando a VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1955, pág. 593 y ss., esp. págs. 596 y 600. De ambas perspectivas, la manifestada por la doctrina científica minoritaria resulta más coherente con la finalidad de la institución jurídica de la colación, que no es otra que mantener la igualdad entre las porciones de la herencia recibida por los legitimarios herederos. Entonces, si no se quería esta igualdad, el testador tenía la opción de disponer que la donación no fuera colacionable o el donatario la de repudiar la herencia. Al no ocurrir ninguno de estos eventos, lo más cónsono con la figura de la colación es que la donación se colacione y si esta fuera más de lo que le correspondía recibir al donatario, entonces, este debería entregar dicho exceso en dinero a sus otros coherederos legitimarios. Todo esto, teniendo también como propósito el mantener la totalidad de la donación realizada.

820 y 821 del CC), y aquella que regula la figura de la colación.<sup>73</sup> La primera dirigida a proteger la legítima y a mantener, en lo posible, la donación en manos del donatario. Mientras, la segunda persigue igualar las porciones hereditarias recibidas por los legitimarios herederos, a la vez que trata de mantener, también, la integridad de lo donado. De manera que la donación inoficiosa colacionable pudiera considerarse como «...una manifestación tácita de la voluntad del causante en orden al pago por el hijo donatario de todos o parte de sus bienes de las legítimas de los demás (arg. ex art. 841.1)».<sup>74</sup>

Por otro lado, el mecanismo protector de la rescisión por lesión se activará ante el supuesto de que el legitimario reciba en la partición menos de lo que le correspondía. En otras palabras, «[l]a rescisión se funda en la existencia de una desigualdad entre el valor de lo que el heredero debe obtener según la disposición testamentaria y lo que efectivamente obtiene en la partición».<sup>75</sup> Este tipo de medio al ser una acción rescisoria y no una acción real, según el art. 1076 del CC, solo puede ser ejercido en un término de caducidad de cuatro años, a partir del momento en que se hizo la partición. Igualmente, al ser de esta naturaleza, el legitimario deja de tener derecho sobre los bienes de la herencia, lo que significa que no puede perseguir aquellos que están en manos de terceros.<sup>76</sup> Más aún si la partición fue realizada por el testador, puesto que con este acto evitó que naciera la comunidad hereditaria.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., pág. 132.

<sup>74</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., pág. 132, *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, op. cit., pág. 495.

<sup>75</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1074», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo VI, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 7833 - 7834.

<sup>76</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., págs. 136-137, *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, op. cit., pág. 497.

<sup>77</sup> Esta posibilidad de impugnar la partición bajo el mecanismo jurídico de la rescisión por lesión puede ser ejercida no solo por los herederos voluntarios sino también por los herederos legitimarios. De igual forma, esta no solo puede ejercitarse si con la partición se afectó la porción de legítima, sino también si con aquella se lesionó la parte que no es legítima, siempre que el daño de esta última exceda de una cuarta parte. Respecto a este último punto, el art. 1074 del CC establece que «[p]odrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas». Tal precepto es igualmente aplicable en el caso de que la partición hubiese sido acordada y realizada por los herederos, incluso ante el supuesto de que lo único que se le asignó y liquidó al legitimario heredero fue su legítima. Así lo entiende ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1074», op. cit., págs. 7828 - 7829, «Comentario al Artículo 1075», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo VI, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 7840, al expresar que: «[e]n efecto, sería posible pensar que el establecimiento del límite de la cuarta parte tiene sentido cuando cada coheredero ha intervenido en la partición y la ha consentido, pues entonces esa intervención justifica que se siga un criterio restrictivo para la impugnación». DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Estudio sobre el Pago con Metálico de la Legítima en el Código Civil», op. cit., págs. 827 - 828, coincide con esta apreciación al comentar lo siguiente: «Pienso que la rescisión sólo debe ser procedente, también en este supuesto, cuando la lesión exceda de la cuarta parte. El contraste entre el artículo 1075, que, respecto de la partición hecha por el testador, separa las dos hipótesis de



Lo cierto es que el mecanismo protector de la rescisión de la partición por lesión tiene su justificación en el principio de conservación de la partición. Es decir, ante el supuesto discutido, solo se permite la rescisión y no la nulidad de la partición porque hay un interés legislativo de darle finalidad y estabilidad a las particiones hereditarias. Esto para proveer mayor seguridad jurídica y económica. Tal realidad va a tener el efecto de infringir el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima de aquel legitimario al que se le lesionó la porción legal a la que tiene derecho. Esto porque puede terminar recibiendo en bienes extrahereditarios la parte que no se le proveyó. Sobre este aspecto, el art. 1077 del CC dispone:

«El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición.

La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio.

---

lesión en más de la cuarta parte (que en principio excluye) y de lesión de la legítima (que admite en todo caso y sin exigir que el perjuicio alcance una determinada cuantía), y el artículo 1074, que no hace ninguna clase de distinciones y sólo admite la rescisión por lesión que rebasa la cuarta parte, resulta sumamente significativo. La solución, además, parece la más justa. Si el legitimario intervino en la partición y con su consentimiento se formó el lote que le ha sido adjudicado (o se concretó su valor en metálico), no hay razón para concederle una protección especial y distinta a la que recibe un heredero voluntario. En las relaciones entre coherederos, tan respetable es el derecho del heredero voluntario como el del heredero forzoso. Si en aras de la estabilidad de la partición sólo se permite al primero pedir la rescisión cuando la lesión rebasa la cuarta parte, no hay razón para pretender otra cosa cuando el heredero sea forzoso». Ahora bien, si la partición fue realizada por el testador y esta afectó la porción de la legítima, que fue lo único que se le asignó en la herencia al legitimario, se procederá a rescindir la misma, sin importar la magnitud del daño. Esta afirmación se desprende del art. 1075 del CC que dispone que «[l]a partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador». Así también, la partición efectuada por el contador partidor o la judicial tampoco deben afectar la legítima de los legitimarios, sin considerar la amplitud de la lesión. REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, op. cit., pág. 134, citando a VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pág. 1133; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil: Derecho de Sucesiones. Parte General*, tomo V, vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 339-340; Sentencia de 31 de mayo de 1980 (Col. Leg., mayo-junio 1980, núm. 212, págs. 396 y ss.). ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1074», op. cit., pág. 7831, fundamentándose en la STS de 31 de mayo de 1980 y en la STS de 20 de noviembre de 1990, está de acuerdo con esta perspectiva porque entiende que al contador partidor no se le puede permitir lo que le está vedado al testador. Incluso, este autor va más lejos al plantear que, en términos generales, es posible que se permita la impugnación de la partición realizada por un tercero profesional ante cualquier grado de desigualdad. Tal consideración la amplía al ámbito de las particiones judiciales, puesto que en estas y en las efectuadas por el contador partidor se exige imparcialidad y una mayor rigurosidad en la valoración de los bienes de la herencia. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1074», op. cit., pág. 7829, «Comentario al Artículo 1075», op. cit., pág. 7840. De todo lo señalado, puede establecerse que la partición realizada por el contador partidor o judicial puede ser rescindida por la lesión causada al haber correspondiente a alguno de los partícipes, sin atender al límite de la cuarta parte que dispone el art. 1074 del CC. En cuanto a la partición realizada por acuerdo entre los coherederos, esta podrá rescindirse por lesión, sin consideración a ningún límite, si el mismo fue resultado de un vicio oculto. Por el contrario, si el daño fue producto de una valoración inadecuada, la rescisión solo será viable si excede la cuarta parte que dispone el art. 1074 del CC. Finalmente, para rescindir por lesión la partición realizada por el testador, no será necesario aplicar el límite de la cuarta parte si el daño fue a la porción de la legítima. No obstante, se deberá cumplir el límite de la cuarta parte si la afectación fue en la parte que no es legítima, siempre que expresa o tácitamente se entendiera que el testador deseaba que tuviera lugar la rescisión por lesión. Véase: O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*, Ed. La Ley, 5ª edición, Madrid, 2006, pág. 1042.

Si se procede a nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo».

Al analizar este precepto, se ha comentado que si el heredero opta por indemnizar la lesión en lugar de efectuar una nueva partición, se estaría ante una variante de la acción de complemento de legítima con la particularidad de que la misma puede proveerse con dinero no hereditario.<sup>78</sup> De darse esta situación, tal decisión no puede ser alterada por el legitimario afectado porque este no tiene la autoridad legal para exigir que se le pague en bienes hereditarios.<sup>79</sup> Por tal razón, resulta acertado concluir que «...en los supuestos de rescisión por lesión en la legítima, el principio de intangibilidad legitimaria cede ante el *favor partitionis*, [que está] más amparado por el Derecho».<sup>80</sup>

También, se ha entendido que bajo el supuesto de partición con preterición de un heredero forzoso, que se regula en el art. 1080 del CC, se infringe el principio de intangibilidad cualitativa del legitimario perjudicado al darse mayor preeminencia al principio de *favor partitionis*. Específicamente, este precepto establece lo siguiente: «La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda». Al interpretar este artículo, se ha señalado que aunque no se indica con qué bienes se pagará al legitimario preterido, «...parece que éste no podrá exigir la asignación de bienes hereditarios, toda vez que éstos ya han sido repartidos y la partición no se rescinde».<sup>81</sup> Sin embargo, este aspecto de la forma de pago de la legítima al preterido no es un tema pacífico en la doctrina científica.<sup>82</sup> Uno de los autores que discrepa de este análisis ha argumentado que el pago al legitimario que fue preterido en la partición no debe hacerse en dinero, sino «con un lote adecuado, según las reglas generales».<sup>83</sup>

---

<sup>78</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., «Casuística Legitimaria en el Régimen del Código Civil», *op. cit.*, pág. 608.

<sup>79</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 136.

<sup>80</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 137, *Usufructo Universal del Cónyuge Viudo en el Código Civil*, *op. cit.*, pág. 501.

<sup>81</sup> REAL PÉREZ, A., *Intangibilidad Cualitativa de la Legítima*, *op. cit.*, pág. 138, citando a MANRESA y NAVARRO, J. M<sup>a</sup>, *Comentarios al Código Civil Español: (arts. 912 – 1087)*, tomo VII, Madrid, 1955, págs. 876 – 877, que plantea que el pago al heredero preterido en la partición puede hacerse en dinero o en otro tipo de bienes.

<sup>82</sup> Véase: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al Artículo 1075», *op. cit.*, pág. 7866.

<sup>83</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 1048.

# BIBLIOGRAFÍA

## Libros y Artículos

**ALBALADEJO GARCÍA, M.**, *Curso de Derecho Civil V: Derecho de sucesiones*, Ed. Edisofer, S.L., 10ª edición, Madrid, 2013.

**ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL**, «Exposición de motivos», en *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, S. A. y Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 2018, págs. 93 - 253.

**BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.**, *Manual de Derecho civil: Sucesiones*, Ed. Bercal, S.A., 2ª edición, Madrid, 2012.

**BUSTO LAGO, J. M.**, «Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia», en *La División Judicial de Patrimonios: Aspectos Sustantivos y Procesales*, (dir.) J. L. Seoane Spiegelberg, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 287 – 437.

**CARBALLO FIDALGO, M.**, «Artículo 1056», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Libro III, A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), P. De Pablo Contreras (coord.), Ed. Aranzadi, S.A., 2ª edición, Navarra, 2016, págs. 1660 – 1665.

\_\_\_ «Título VI. De las sucesiones, Capítulo VIII. De la adquisición de la herencia, Sección 4ª», en *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, S. A. y Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2018, págs. 617 – 622.

\_\_\_ «Comentario al art. 1056 del Código Civil», en *E.C.L.C.*, Septiembre – 2011, págs. 1 - 4.

**CREMADES GARCÍA, P.**, «La Partición hecha por el testador con actos *inter vivos*», en *R.D.P.*, Septiembre – Octubre 2015, págs. 3 – 33.

**DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.**, «Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil», en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección 3, vol. 1, Madrid, 1964, págs. 709-1022.

\_\_\_ *Compendio de Derecho sucesorio*, Ed. La Ley, 3ª edición, Madrid, 2011.

**DE LOS MOZOS, J. L.**, «La partición de la herencia por el propio testador», en *R.D.N.*, núm. 27, Enero – Marzo 1960, págs. 99 – 234.

**DELGADO TRUYOLS, A.**, «La partición por el contador partidor y la interpretación del testamento siendo albacea o cuando sólo es contador partidor», en *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un Debate Reformista*, (dirs.) Mª. P. Lledó Yagüe, F. Ferrer Vanrell y J. Torres Lana, tomo 2, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2014, págs. 1301 - 1315.

**DÍAZ ALABART, S.**, «La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones», en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, (dir.) J. Pérez De Vargas Muñoz, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 849 – 934.

**ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.**, «Comentario al artículo 1056», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo VI, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 7626 – 7665.

\_\_\_ «Comentario al artículo 1074», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo VI, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 7828 – 7835.

\_\_\_ «Comentario al artículo 1075», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo VI, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 7836 - 7841.

\_\_\_ «Capítulo 7: La partición realizada por los propios coherederos y la voluntad del causante», en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*, (coords.) L. Aguilar Ruiz, J. L. Arjona Guajardo-Fajardo y G. Cedeira Bravo De Mansilla, núm. 33, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 127 – 137.

\_\_\_ «Comentario al artículo 1062», en *Comentarios al Código Civil*, (dir.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo IV, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 7760 – 7764.

\_\_\_ «Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador. Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999», en *A.D.C.*, fascículo 1, 2000, págs. 269 – 295.

**ESPEJO RUÍZ, M.**, «Los problemas que plantea el artículo 1062 del Código Civil en la partición. Criterios del Tribunal Supremo y la doctrina», en *R.J.N.*, núm. 67, Julio – Septiembre 2008, págs. 97 – 107.

\_\_\_ *La partición realizada por contador partidor testamentario*, tomo V: Derecho de Sucesiones, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2013.

**FERNÁNDEZ – TRESGUERRES GARCÍA, A.**, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2008.

**GARCÍA GOYENA, F.**, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Ed. Cometas, S. A., Zaragoza, 1974. (Reimpresión de la edición de Madrid de 1852-Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza).

**GARCÍA HERRERA, V.**, «La sucesión en la Empresa Familiar», en *R.C.D.I.*, núm. 726, Julio – 2011, págs. 1927 – 1959.

**HUERTA TRÓLEZ, A.**, «La Empresa Familiar ante el fenómeno sucesorio», en *R.J.N.*, núm. 50, Abril – Junio 2004, págs. 93 – 138.

**MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.**, «La impugnación de la partición y el principio de favor partitionis», en *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, (dirs.) A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio y (coord.) M. Herrero Oviedo, Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 873 - 892.

**MARTÍNEZ ESPÍN, P.**, «Comentario al artículo 1056 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1423 – 1428.

\_\_\_\_ «Tema V: Partición y Colación», en *Derecho de Sucesiones*, R. Bercovitz Rodríguez – Cano (coord.), Ed. Tecnos (Grupo Anayas, S. A.), Madrid, 2009, págs. 195 – 243.

\_\_\_\_ «Comentario al artículo 1062 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, (coord.) R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, S. A., 4ª edición, Navarra, 2013, págs. 1439 – 1440.

**MILLÁN SALAS, F.**, *Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan íntegra una explotación agrícola*, Ed. Ediasa, Madrid, 1999.

**O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.**, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Ed. La Ley, 5ª edición, Madrid, 2006.

**REAL PÉREZ, A.**, *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Ed. Civitas, S.A., 1ª edición, Madrid, 1988.

\_\_\_\_ *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1988.

**RIVAS MARTÍNEZ, J. J.**, *Derecho de sucesiones común y foral*, tomo III, Ed. Dykinson, S. L., 4ª edición, Madrid, 2009.

**ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.**, «Casuística legitimaria en el régimen del Código Civil», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen 1, 1988, Madrid, págs. 583 – 617.

**RUEDA ESTEBAN, L.**, «La reforma del párrafo 2 del artículo 1.056 del Código Civil», en *A.M.N.*, tomo 54, Octubre 2003, págs. 57-94.

\_\_\_\_ *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en Derecho común*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2014.

**VALLET DE GOYTISOLO, J. B.**, «Comentario al artículo 1056 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, (dir.) M. Albaladejo García, volumen 2, Ed. Edersa, Madrid, 1989, págs. 123 – 170.

\_\_\_\_ «Comentarios a los Artículos 1061 y 1062 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 1.035 a 1.087*, tomo XIV, vol. 2, (dir.) M. Albaladejo García, Ed. Edersa, Madrid, 1989, págs. 384 – 410.

\_\_\_ *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer, Tomo I: Las Legítimas*, Vol. 2, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.

VV.AA., «Exposición de motivos», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, (coord.) M. A. Parra Lucán, Mayo, 2017, págs. 12 - 25, [www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20CUARTO%20-%20tercer%20borrador%20\(mayo%202017\).pdf](http://www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20CUARTO%20-%20tercer%20borrador%20(mayo%202017).pdf), última consulta el 12 de julio de 2017.

\_\_\_ «Artículo 468-50», en *Propuesta de Código Civil, Borrador III del Libro IV: De los Modos de Adquirir la Propiedad*, (coord.) M. A. Parra Lucán, Mayo, 2017, pág. 109.

# **JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DE LA DGRN**

## **I. Sentencias del Tribunal Supremo de España**

1. STS núm. 148 de 8 de marzo de 2013, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2013/2171).
2. STS núm. 30 de 26 de enero de 2012, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2012/1904).
3. STS núm. 222 de 11 de abril de 2011, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2011/3445).
4. STS núm. 115 de 18 de marzo de 2010, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2010/2409).
5. STS núm. 835 de 15 de diciembre de 2009, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2010/287).
6. STS núm. 395 de 22 de mayo de 2009, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2009/3038).
7. STS núm. 1014 de 4 de noviembre de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/5891).
8. STS núm. 668 de 14 de julio de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/3361).
9. STS núm. 540 de 12 de junio de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/4688).
10. STS núm. 31 de 29 de enero de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/229).
11. STS núm. 2 de 16 de enero de 2008, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2008/5).
12. STS núm. 1093 de 7 de noviembre de 2006, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/9165).
13. STS núm. 641 de 15 de junio de 2006, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2006/3538).
14. STS núm. 38 de 3 de febrero de 2005, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2005/913).
15. STS núm. 212 de 12 de marzo de 2004, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2004/3166).
16. STS núm. 1169 de 15 de diciembre de 2003, Sala Civil, Sección 1ª, (RJ 2004/74).
17. STS núm. 883 de 6 de octubre de 2000, Sala Civil, (RJ 2000/7543).
18. STS núm. 143 de 23 de febrero de 1999, Sala Civil, (RJ 1999/1851).
19. STS núm. 1186 de 21 de diciembre de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/9756).
20. STS núm. 805 de 7 de septiembre de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/6395).
21. STS núm. 602 de 23 de junio de 1998, Sala Civil, (RJ 1998/4745).
22. STS núm. 61 de 10 de febrero de 1997, Sala Civil, (RJ 1997/667).
23. STS núm. 585 de 13 de julio de 1996, Sala Civil, (RJ 1996/5584).

24. STS núm. 292 de 3 de abril de 1995, Sala Civil, (RJ 1995/2929).
25. STS de 18 de marzo de 1991, Sala Civil, (RJ 1991/2264).
26. STS de 20 de noviembre de 1990, Sala Civil, (RJ 1990/8990).
27. STS de 8 de marzo de 1989, Sala Civil, (RJ 1989/2023).
28. STS de 7 de diciembre de 1988, Sala Civil, (RJ 1988/9301).
29. STS de 15 de febrero de 1988, Sala Civil, (RJ 1988/1987).
30. STS de 21 de julio de 1986, Sala Civil, (RJ 1986/4575).
31. STS de 7 de marzo de 1985, Sala Civil, (RJ 1985/1110).
32. STS de 17 de junio de 1980, Sala Civil, (RJ 1980/3077).
33. STS de 31 de mayo de 1980, Sala Civil, (RJ 1980/2724).
34. STS de 26 de noviembre de 1974, Sala Civil, (RJ 1974/4490).
35. STS de 9 de marzo de 1961, Sala Civil, (RJ 1961/945).
36. STS de 17 de octubre de 1960, (RJ 1960/3423).
37. STS de 13 de abril de 1956, Sala Civil, (RJ 1956/1930).
38. STS de 22 de junio de 1948, Sala Civil, (RJ 1948/1107).
39. STS de 6 de marzo de 1945, Sala Civil, (RJ 1945/272).
40. STS de 9 de julio de 1940, Sala Civil, (RJ 1940/693).

## **II. Sentencias de las Audiencias Provinciales**

41. SAP de Asturias, núm. 109, de 11 de abril de 2016, Sección 1ª, (AC 2016/875).
42. SAP de Ourense, núm. 57, de 25 de febrero de 2014, Sección 1ª, (JUR 2014/71980).
43. SAP de A Coruña, núm. 223 de 10 de julio de 2013, Sección 6ª, (AC 2013/1645).
44. SAP de Ourense de 5 de marzo de 2007, Sección 1ª, (JUR 2007/173745).
45. SAP de Burgos, núm. 64, de 7 de febrero de 2007, Sección 3ª, (JUR 2007/138732).
46. SAP de Ourense de 6 de febrero de 2004, Sección 2ª, (AC 2004/223).



47. SAP de Madrid de 19 de enero de 2002, Sección 10ª, (JUR 2002/72785).
48. SAP de Ourense de 22 de junio de 2001, Sección 2ª, (AC 2001/1377).
49. SAP de Asturias, núm. 455, de 27 de septiembre de 2001, Sección, 5ª, (AC 2001/1945).
50. SAP de Toledo, núm. 429, de 22 de noviembre de 1999, Sección 1ª, (AC 1999/2320).

### **III. Resoluciones de la DGRN**

51. RDGRN núm. 6126 de 5 de abril de 2019, (RJ 2019/1466).
52. RDGRN núm. 7818 de 5 de julio de 2016, (RJ 2016/4254).
53. RDGRN núm. 4016 de 5 de abril de 2016, (RJ 2016/3227).
54. RDGRN núm. 3014 de 3 de marzo de 2015, (RJ 2015/5556).
55. RDGRN núm. 8090 de 16 de junio de 2014, (RJ 2014/4179).
56. RDGRN núm. 8085 de 12 de junio de 2014, (RJ 2014/ 4616).
57. RDGRN núm. 1193 de 8 de enero de 2014, (RJ 2014/1542).
58. RDGRN núm. 2142 de 29 de enero de 2013, (RJ 2013/1803)
59. RDGRN núm. 12449 de 1 de agosto 2012, (RJ 2012/10381).
60. RDGRN de 16 de septiembre de 2008, (RJ 2009/516).
61. RDGRN de 20 de julio de 2007, (RJ 2007/3805).
62. RDGRN núm. 2 de 13 de octubre de 2005, (RJ 2005/7451).
63. RDGRN de 14 de abril de 2005, (RJ 2005/5018).
64. RDGRN de 2 de enero de 2004, (RJ 2004/712).
65. RDGRN de 20 de septiembre de 2003, (RJ 2003/6336).
66. RDGRN de 21 de junio de 2003, (RJ 2003/4651).
67. RDGRN de 13 de mayo de 2003, (RJ 2003/4477).
68. RDGRN de 19 de septiembre de 2002, (RJ 2002/9937).
69. RDGRN de 27 de noviembre de 1986, (RJ 1986/6880).

70. RDGRN de 27 de diciembre de 1982, (RJ 1982/8065).
71. RDGRN 2 de diciembre de 1964, (RJ 1964/5928).
72. RDGRN de 6 de abril de 1962, (RJ 1962/1712).
73. RDGRN de 22 de febrero de 1943 (RJ 1943/265).